

Antiterroriltak og frihetsberøvelse i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 5



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 748
Leveringsfrist: 26.april 2011

Til sammen 17502 ord¹
18.04.2011

¹ Forside, innholdsfortegnelse og litteraturliste er ikke inkludert.

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	VERDEN I DAG – 10 ÅR ETTER 11. SEPTEMBER	1
1.2	AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING	2
1.2.1	AVHANDLINGENS METODEBRUK	2
1.2.2	OPPLEGGET VIDERE	3
<u>2</u>	<u>GENERELT OM EMK OG EMD</u>	<u>3</u>
2.1	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN (EMK)	3
2.2	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOLEN (EMD)	4
<u>3</u>	<u>RETTSLIG UTGANGSPUNKT – RETURVERN ETTER EMK ARTIKKEL 3</u>	<u>5</u>
3.1	BESTEMMELSENS UTSTREKNING	5
3.1.1	SOERING VS. STORBRIANNIA – VERN MOT UMLEVERING VED REELL RISIKO FOR BEHANDLING ELLER STRAFF I STRID MED EMK ARTIKKEL 3	5
3.1.2	VERN MOT UTVISNING I DE TILFELLER HVOR VEDKOMMENDE ANSES Å VÆRE EN TRUSSEL MOT DEN NASJONALE SIKKERHETEN	6
3.1.3	DIPLOMATISKE FORSIKRINGER	8
3.2	OPPSUMMERING	10
<u>4</u>	<u>EMK ARTIKKEL 5 – VERN MOT VILKÅRLIG FRIHETSBERØVELSE</u>	<u>11</u>
4.1	EMK ARTIKKEL 5	11
4.1.1	AVGRENSNING MOT TILLEGGSPROTOKOLL 4 ARTIKKEL 2	15
4.2	FRIHETSBERØVELSE	16
4.2.1	INNLEDNING	16
4.2.2	GRENSEN MELLOM BEGRENSNINGER I BEVEGELSESFRIHETEN OG FRIHETSBERØVELSE	16
4.2.2.1	Engel and others vs. Nederland	16
4.2.2.2	Guzzardi vs. Italia	18
4.2.3	STRENG HUSARREST	21
4.2.3.1	24 timers husarrest i kombinasjon med kontinuerlig overvåking	21

4.2.3.2	24 timers husarrest uten overvåking eller andre tiltak	23
4.2.3.3	Kort oppsummert	25
4.2.4	MILD HUSARREST	25
4.2.4.1	Raimondo vs. Italia – tiltak vurdert å utgjøre begrensning i bevegelsesfriheten	26
4.2.4.2	Labita vs. Italia – tiltak vurdert å utgjøre begrensning i bevegelsesfriheten	27
4.2.4.3	Trijonis vs. Litauen – grensen mellom frihetsberøvelse og begrensning i bevegelsesfriheten	28
4.2.5	GEOGRAFISK AVGRENSET OPPHOLDSSTED	30
4.3	KORT OPPSUMMERT	30
5	<u>ANTITERRORILTAK I STORBRITANNIA, DANMARK OG NORGE</u>	31
5.1	INNLEDNING	31
5.2	STORBRITANNIA	31
5.2.1	INNLEDNING	31
5.2.2	THE ANTI-TERRORISM, CRIME AND SECURITY ACT (ATCSA) 2001	32
5.2.3	THE PREVENTION OF TERRORISM ACT (PTA) 2005 – INNFØRING AV "CONTROL ORDERS"	34
5.2.3.1	Derogating and Non-derogating control orders	35
5.2.4	FORHOLDET TIL EMK	36
5.2.4.1	House of Lords vurdering av hvorvidt "control orders" er i strid med EMK artikkel 5	36
5.2.4.2	Er 16 timers husarrest frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand?	40
5.3	DANMARK	42
5.3.1	INNLEDNING	42
5.3.2	"TÅLT OPHOLD"	42
5.3.2.1	Innledning	42
5.3.2.2	Hvem er omfattet av reglene?	43
5.3.2.3	Følgene av å være ilagt "tålt ophold" før lovendringen som fulgte av tuneserloven	43
5.3.2.4	Følgene av å være ilagt "tålt ophold" etter lovendringen som fulgte av tuneserloven	44
5.3.3	FORHOLDET TIL EMK	47
5.3.3.1	Slik Danmark selv vurderer det	47

5.3.3.2	En nærmere vurdering av den danske ordningen	49
5.3.4	KORT OPPSUMMERT	51
5.4	NORGE	52
5.4.1	INNLEDNING	52
5.4.2	GJELDENDE RETT	52
5.4.3	FORHOLDET TIL EMK	53
5.4.4	YTTERLIGERE SKJERPELSER? LOVFORSLAG OM ENDRING AV UTLENDINGSLOVEN OM ADGANG TIL FRIHETSBERØVELSE MV.	55
5.4.5	KORT OPPSUMMERT	57
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	58
	<u>LITTERATURLISTE</u>	59

1 Innledning

1.1 Verden i dag – 10 år etter 11. september

Etter terrorangrepene mot USA 11. september 2001 har bekjempelsen av terrorisme stått sentralt på det internasjonale samfunnets agenda. Den amerikanske retorikken i dagene etter angrepet gjorde det klart at dette var en kamp det internasjonale samfunnet måtte stå samlet om, ”either you’re with us or you’re against us”. Gjennom Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 ble alle FNs medlemsland pålagt å gjennomgå sin nasjonale lovgivning og sørge for at den ikke hindrer dem i å ratifisere alle internasjonale konvensjoner som omhandler terrorisme.²

Krigen mot terror har, i tillegg til det militære engasjementet i Afghanistan og Irak, ført til at flere land har vedtatt lover som har til formål å kriminalisere terroraktivitet samt åpne for økt bruk av overvåking og kontroll i et forsøk på å forhindre nye angrep. Europa har i årene etter 11. september 2001 opplevd flere terrorangrep, hvorav angrepene mot Madrid i 2004 og London i 2005 er blant de mest alvorlige. Terrortrusselen mot europeiske land antas å vedvare og europeiske stater vil således måtte, innenfor rammene av menneskerettighetene, ta sine forholdsregler.

I kampen for å beskytte den demokratiske friheten står man i fare for å gjøre inngrep i den friheten som demokratiet i utgangspunktet sikrer. Dette blir terrorkampens janusansikt, hvor kampen for å sikre frihet og sikkerhet fører til at den personlige friheten og sikkerheten forvitrer.

² S/RES/1373(2001)

1.2 Avhandlingens tema og problemstilling

Denne avhandlingen omhandler de menneskene som er returvernet etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 3, men som i utgangspunktet skal sendes ut av landet fordi de anses å være en trussel mot den nasjonale sikkerheten. I slike situasjoner er det fra et sikkerhetsmessig perspektiv ønskelig å kunne kontrollere hvor disse menneskene oppholder seg. Alle slike kontrolltiltak som iverksettes må i Storbritannia, Danmark og Norges tilfelle være i overensstemmelse med deres forpliktelser etter EMK. Å frihetsberøve disse personene vil kunne være i strid med EMK artikkel 5, som fastsetter klare rammer for når frihetsberøvelse kan finne sted og gir den frihetsberøvede klare rettigheter. Retten til ikke å bli vilkårlig frihetsberøvet utfordres av antiterrorlovgivning i de ulike landene. Spørsmålet er om myndighetenes kontrolltiltak er så inngripende at de utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

1.2.1 Avhandlingens metodebruk

I det følgende vil det bli kartlagt hvorvidt de britiske, danske og foreslåtte norske antiterroriltakene overfor personer som er vernet mot retur etter EMK artikkel 3 er forenelige med forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i EMK artikkel 5. Avhandlingen vil ha et rettsdogmatisk utgangspunkt, hvor praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) står sentralt. Det vil ikke bli redegjort for den EMK-rettslige metoden, da dette faller utenfor denne avhandlingens rammer og har blitt gjort inngående av andre.³ Det skal kun bemerkes at det generelt for EMK gjelder at EMD legger en autonom betydning til grunn i sin tolking av flere av konvensjonens begreper. På den måten sikres det at konvensjonen gir et felles beskyttelsesnivå for alle konvensjonsstatene. EMD anlegger en dynamisk tolkingsstil hvor konvensjonen tolkes i tråd med samfunnsendringene. Gjennom sine avgjørelser videreutvikler domstolen konvensjonens bestemmelser. Dette synspunktet kan ikke strekkes for langt da konvensjonens ordlyd kan sette konkrete rammer for domstolens utvidende tolking.⁴

³ Se Høstmælingen (2003) s. 83-108, Møse (2002) s. 101-103

⁴ Møse (2002) s. 102

Avhandlingen vil i stor grad være basert på praksis fra EMD, men avgjørelser fra nasjonal rett vil også bli anvendt. Det er i liten grad skrevet om avhandlingens tema tidligere. Juridisk litteratur som benyttes vil derfor stort sett kun ha berøringspunkter til enkeltdeler i avhandlingen.

1.2.2 Opplegget videre

Avhandlingen er inndelt i seks deler som hver består av flere kapitler. Nedenfor følger en kort oversikt.

I del 2 ”Generelt om EMK og EMD” gis en kort innføring i konvensjonen og i domstolens arbeid.

I del 3 gjennomgås returvern etter artikkel 3 som det rettslige utgangspunktet for ileggelsen av kontrolltiltak.

Del 4 tar for seg frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Gjennom praksis fra EMD kartlegges hvilke tiltak domstolen mener er så inngripende at de er å regne som frihetsberøvelse.

I del 5 blir det vurdert hvorvidt kontrolltiltak i Storbritannia, Danmark og Norge utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

I del 6 gis avsluttende bemerkninger.

2 Generelt om EMK og EMD

2.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

EMK ble åpnet for undertegning 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september 1953 etter at ti stater hadde ratifisert den. Konvensjonen er bindende for alle medlemsstater i Europarådet, og kan i prinsippet påberopes av alle innbyggere i disse landene.

Konvensjonen omhandler blant annet sivile og politiske rettigheter, og håndheves ved klage fra individer og stater, jf. EMK artikkel 33 og 34. I tillegg til konvensjonen er det

utarbeidet en rekke tilleggsprotokoller med nye rettigheter som kan tiltres av stater som har ratifisert EMK.

2.2 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

EMD er EMKs overvåkningsorgan. Domstolen består av like mange dommere som det er konvensjonsstater, en fra hvert land jf. EMK artikkel 20 og 22. Dommer og avgjørelser avsagt av EMD har bindende virkning for konvensjonsstatene.

Sakene behandles av domstolen etter statsklage jf. artikkel 33 eller individklage jf. artikkel 34. Sakene som omtales i denne avhandlingen er såkalte individklager. En individklage kan fremsettes av enhver person, frivillig organisasjon eller gruppe av individer som gjør gjeldende at deres konvensjonsrettigheter er krenket. Klagen må gjelde en stat som er bundet av EMK og den tilleggsprotokollen klagen eventuelt gjelder. Klager mot andre stater eller individer vil bli avvist. En sak kan i tillegg avvises etter avvissningsgrunnene i artikkel 35 jf. også artikkel 34.

Ved individuell klagerett er det et grunnvilkår at klageren må være et offer for en krenkelse, jf. EMK artikkel 34. Klageren må som hovedregel selv være direkte berørt av statens inngrep. Det er ikke mulig å fremsette en klage på vegne av allmennheten over kritikkverdige forhold generelt i samfunnet. Klageren må i tillegg ha aktuell interesse i saken. Det kan som hovedregel ikke klages over en mulighet for fremtidig krenkelse, men kravet om aktuell interesse hindrer ikke at det klages over fortidige forhold, ettersom klageren fremdeles har interesse i å få fastslått om krenkelse har funnet sted.

Det følger av EMK artikkel 35 (1) at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt administrativt og judisielt før en sak kan behandles av EMD. På den måten gis staten anledning til å rette opp mulige rettsbrudd gjennom egne instanser.

3 Rettslig utgangspunkt – returvern etter EMK artikkel 3

3.1 Bestemmelsens utstrekning

EMK artikkel 3 nedfeller et absolutt forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

”No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”⁵.

Det følger av EMK artikkel 15 (2) at det ikke under noen omstendigheter kan derogeres fra bestemmelsen. Forbudet i artikkel 3 gjelder således også i krig- og kriesituasjoner. I likhet med EMKs andre rettigheter, pålegger artikkel 3 statene plikter ”within their jurisdiction, jf. EMK artikkel 1. EMD har lagt til grunn et territorielt jurisdiksjonsbegrep, slik at konvensjonen i utgangspunktet er begrenset til å gjelde innenfor statens territorium. Som det vil fremgå nedenfor, har imidlertid EMD fastslått at statene kan bli ansvarlige etter artikkel 3 også der den konvensjonsstridige behandlingen foregår utenfor statsterritoriet.

3.1.1 Soering vs. Storbritannia – vern mot utlevering ved reell risiko for behandling eller straff i strid med EMK artikkel 3

Saken Soering vs. Storbritannia⁶ var den første hvor en utlending anførte at utlevering ville være i strid med EMK artikkel 3. Saken omhandlet en tysk statsborger som i delstaten Virginia i USA hadde tatt livet av foreldrene til sin daværende kjæreste. Soering ble senere pågrepet i England og begjært utlevert til USA i henhold til en bilateral utleveringsavtale. Han var tiltalt for drap og risikerte dødsstraff. Soering gjorde gjeldende at utlevering ville være i strid med EMK artikkel 3 på grunn av forholdene under ventetiden frem til fullbyrdelsen av dødsstraffen, såkalt ”death row phenomenon”⁷. Domstolen uttalte at:

⁵ EMK art 3

⁶ Soering vs. Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 1989

⁷ Soering vs. Storbritannia, premiss 81

”In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.”⁸

Dermed hadde EMD fastslått at konvensjonen ikke inneholder noen rett til ikke å bli utlevert,⁹ men at en beslutning om utlevering kan være i strid med artikkel 3 dersom det er en reell risiko for at den som utleveres vil bli behandlet i strid med bestemmelsen i mottaksstaten.

I saken Cruz Varas mfl. vs. Sverige¹⁰ slo EMD fast at prinsippet fra Soering-dommen gjaldt tilsvarende i saker om utvisning. Vurderingen av om det forelå reell risiko for behandling eller straff i strid med artikkel 3 måtte hovedsakelig skje på grunnlag av de opplysninger som forelå da utvisningsvedtaket ble truffet, men senere forhold kunne også tas i betraktning.¹¹

3.1.2 Vern mot utvisning i de tilfeller hvor vedkommende anses å være en trussel mot den nasjonale sikkerheten

I saken Chahal vs. Storbritannia¹² tok EMD blant annet stilling til hvorvidt en utvisning til India ville være i strid med EMK artikkel 3. Saken omhandlet utvisningen av sikhlederen Karamjit Singh Chahal fra Storbritannia til India, begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet og kampen mot terrorisme. Domstolen uttalte at:

⁸ Soering vs. Storbritannia, premiss 91

⁹ Soering vs. Storbritannia, premiss 85

¹⁰ Cruz Varas mfl vs. Sverige, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. mars 1991

¹¹ Cruz Varas mfl vs. Sverige, premiss 69-70

¹² Chahal vs. Storbritannia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. november 1996

”The prohibition provided by Article 3 (art. 3) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion. In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees.”¹³

EMD fastslo at artikkel 3 er en grunnleggende bestemmelse som gjelder unntaksfritt, også i utvisningssaker. EMD kom til at individets handlinger, uansett hvor uønskede eller farlige de måtte være, ikke er relevante i vurderingen av hvorvidt vedkommende kan utvises.

Slutningene fra *Soering vs. Storbritannia* og *Chahal vs. Storbritannia* ble lagt til grunn i saken *Saadi vs. Italia*¹⁴. Nassim Saadi ble i oktober 2002 arrestert etter mistanke om at han var involvert i internasjonal terrorisme. Italia ønsket å utvise ham til Tunisia på bakgrunn av at han utgjorde en fare for den nasjonale sikkerheten. Saadi hevdet på sin side at han risikerte å bli utsatt for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff dersom han ble returnert.¹⁵ Domstolen uttalte at:

”Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. As the Court has repeatedly held, there can be no derogation from that rule. It must therefore reaffirm the principle stated in the *Chahal* judgment that it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article

¹³ *Chahal vs. Storbritannia*, premiss 80

¹⁴ *Saadi vs. Italia*, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. februar 2008

¹⁵ *Saadi vs. Italia*, premiss 95

3, even where such treatment is inflicted by another State. In that connection, the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous, cannot be taken into account, with the consequence that the protection afforded by Article 3 is broader than that provided for in Articles 32 and 33 of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees.”¹⁶

EMD slo fast at forbudet i artikkel 3 er absolutt, og at den risikoen personen antas å utgjøre mot den nasjonale sikkerheten ikke kan få betydning for vurderingen av hvorvidt han skal utsendes eller ikke.

3.1.3 Diplomatiske forsikringer

Storbritannia, Danmark og Norge har alle vurdert muligheten for å iverksette retur på bakgrunn av diplomatiske forsikringer fra mottakerlandet om at behandling eller straff i strid med EMK artikkel 3 ikke vil finne sted. Det ligger utenfor avhandlingens omfang å gi en lengre utredning av den rettslige statusen omkring bruk av diplomatiske forsikringer, men av hensyn til sammenhengen blir det videre kort skissert hva som anses å være problematisk ved bruk av slike.

Hensikten med diplomatiske forsikringer er å forhindre at risikoen for å bli utsatt for behandling eller straff i strid med EMK artikkel 3 materialiserer seg. Spørsmålet er om de diplomatiske forsikringene i den konkrete saken er tilstrekkelig til å avverge den forutsigbare eller nærliggende, reelle og personlige risikoen for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i mottakerlandet ved utlevering eller utvisning.¹⁷ Svaret beror på garantiens innhold og de ytre betingelsene for at dens innhold kan virkeliggjøres. Verdien av den diplomatiske forsikringen vil i stor grad avhenge av avtalepartens vilje og evne til å oppfylle sin del av avtalen. Det er det faktiske

¹⁶ Saadi vs. Italia, premiss 138

¹⁷ Greve (2008) s. 68

vernet som en diplomatisk forsikring kan gi som må være avgjørende for hvorvidt retur vil være i overensstemmelse med EMK artikkel 3. I saken Saadi vs. Italia uttalte EMD:

”Furthermore, it should be pointed out that even if, as they did not do in the present case, the Tunisian authorities had given the diplomatic assurances requested by Italy, that would not have absolved the Court from the obligation to examine whether such assurances provided, in their practical application, a sufficient guarantee that the applicant would be protected against the risk of treatment prohibited by the Convention (See Chahal § 105). The weight to be given to assurances from the receiving State depends, in each case, on the circumstances prevailing at the material time.”¹⁸

En diplomatisk forsikring skal verne den som sendes ut av landet fordi forholdene i mottakerlandet er slik at vedkommende ville kunne blitt påført skade om han var blitt sendt dit ubeskyttet. De mottakerlandene hvor diplomatiske forsikringer kan tenkes å være påkrevet er først og fremst land hvor forholdene er vanskelige eller ustabile i relasjon til menneskerettighetsidealet.¹⁹ At situasjonen i mottakerlandet generelt er usikker med hensyn til å respektere menneskerettighetene er ikke tilstrekkelig til å konstatere at en bestemt person vil bli utsatt for overgrep ved retur, men situasjonen i mottakerlandet krever stor aktsomhet fra utsenderstaten og bør lede til at denne har tvilsrisikoen.²⁰

I saken Ben Khemais vs. Italia²¹ tok EMD stilling til hvorvidt diplomatiske forsikringer gav et godt nok vern mot straff eller behandling i strid med EMK artikkel 3. Saken omhandlet tunisieren Ben Khemais, som i 2008 ble utvist fra Italia til Tunisia etter at den tunisiske staten hadde avlagt diplomatiske forsikringer som skulle sikre at han ikke ble utsatt for straff eller behandling i strid med EMK artikkel 3. EMD kom til at forsikringene gitt av

¹⁸ Saadi vs. Italia, premiss nr 148

¹⁹ Greve (2008) s. 72

²⁰ Greve (2008) s. 109

²¹ Ben Khemais vs. Italia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. februar 2009

tunisiske myndigheter ikke utgjorde et effektivt vern mot risikoen for å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.²² Domstolen viste videre til uttalelsen fra Parlamentarikerforsamlingen i Europarådets i resolusjon nr. 1433(2005) hvor det ble uttalt at diplomatiske forsikringer ikke kunne være grunnlaget for retur med mindre det var ettertrykkelig klarert at risikoen for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ikke var til stede.²³

3.2 Oppsummering

De nevnte sakene viser at artikkel 3 ikke bare gjelder innenfor statens geografiske grenser, men også kan medføre et ansvar for hva andre lands myndigheter vil kunne eller unnlate å gjøre. Praksis fra EMD viser at utvisning av utlendinger til land hvor de risikerer behandling i strid med artikkel 3, kan være konvensjonsstridig.²⁴ Ettersom vernet etter EMK artikkel 3 utgjør en av de mest grunnleggende rettighetene, har EMD uttalt at statene er ansvarlige for å gjøre vernet reelt og effektivt.²⁵ Dette innebærer at en stat kan bli dømt for brudd på EMK artikkel 3 dersom de returnerer en person til et land hvor vedkommende risikerer å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Ansvarer omfatter de handlingene myndighetene i landet utfører, men også handlinger utført av andre dersom myndighetene ikke er i stand til gi vedkommende tilstrekkelig beskyttelse. I vurderingen av hvorvidt en person vil lide overlast, er det ikke tilstrekkelig med generelle henvisninger til risikonivået i opprinnelseslandet. Det må foretas en konkret vurdering for nettopp denne personen, og det er risikoen på utvisningstidspunktet som er det avgjørende. Det skal være en klar risiko for helseskader som følge av mishandlingen. Frihetsberøvelse i tråd med EMK artikkel 5 vil ikke være i strid med EMK artikkel 3 så lenge vedkommende ikke risikerer å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende straff eller behandling.

²² Ben Khemais vs. Italia, premiss 61

²³ Ben Khemais vs Italia, premiss 61

²⁴ Soering vs. Storbritannia og D vs. Storbritannia

²⁵ Soering vs. Storbritannia, premiss 88

Som nevnt kan det ikke gjøres unntak fra EMK artikkel 3. At personen vil kunne true mottakerlandets stabilitet eller forholdet til annen stat er irrelevant. På samme måte vil det ikke være mulig å utvise personen med den begrunnelse at vedkommende anses å utgjøre en sikkerhetsrisiko for det nåværende oppholdslandet.²⁶

Retur etter diplomatiske forsikringer er vanskelig å få i stand, og det er knyttet stor usikkerhet til hvorvidt avtalene blir overholdt. Diplomatiske forsikringer utgjør ikke et fullgodt alternativ til håndtering av returvernede personer som utgjør en trussel mot nasjonal sikkerhet. Av den grunn oppstår det et behov for å overvåke og kontrollere de nevnte personene frem til de eventuelt kan utsendes. Den mest effektive måten å holde oppsyn med disse personene på er å pålegge dem opphold på bestemte steder. Spørsmålet blir i hvor stor grad man kan begrense deres bevegelsesfrihet uten å komme i strid med retten til frihet i EMK artikkel 5.

4 EMK artikkel 5 – vern mot vilkårlig frihetsberøvelse

4.1 EMK artikkel 5

For å forhindre terrorangrep mot egne borgere ønsker staten ofte å kontrollere personer som etterretningstjenesten mener er tilknyttet terrornettverk og dermed utgjør en fare for nasjonens sikkerhet. Fra et rent praktisk perspektiv vil den sterkeste formen for kontroll oppnås gjennom frihetsberøvelse på et bestemt sted. Dette gir mulighet til å kontrollere bevegelse samt kommunikasjon utad. Muligheten til å iverksette frihetsberøvende tiltak vil imidlertid begrenses av EMK artikkel 5, som oppstiller et vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. Alle har etter bestemmelsen rett til personlig frihet; ”Everyone has the right to liberty...”. Ingen skal i utgangspunktet fratas denne friheten, men statene kan under

²⁶ Saadi vs. Italia

visse vilkår gjøre inngrep i friheten gjennom ”detention” eller ”arrest”. Artikkel 5 lister opp en rekke situasjoner hvor en person kan frihetsberøves etter lov.²⁷ Av praksis fra EMD går det frem at listen er uttømmende.²⁸ En person kan altså ikke frihetsberøves med mindre hans tilfelle omfattes av et av unntakene i avsnitt 1 (a) til (f):

- a. ”the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
- b. the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
- c. the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
- d. the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
- e. the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
- f. the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

Artikkel 5 (1)(a-f) setter klare skranker for når personer kan frihetsberøves. En person kan ifølge EMK artikkel 5 (1)(a) frihetsberøves dersom vedkommende er domfelt. Det vil si at

²⁷ Frihetsberøvelsen skal være i samsvar med nasjonal rett og med EMKs generelle prinsipper. Det skal ikke foreligge vilkårlighet, se: Møse (2002) s. 244.

²⁸ Engel and others vs. Nederland, premiss 57 og Mancini vs. Italia, premiss 23

en domstol har funnet at internrettslige straffebestemmelser er overtrådt. Bestemmelsen gir ikke adgang til å iverksette preventiv frihetsberøvelse for å forhindre straffbare handlinger.

Ifølge artikkel 5 (1)(b) kan en person frihetsberøves når vedkommende ikke har etterkommet et pålegg fra domstolen eller for å sikre oppfyllelse av en lovbestemt plikt. Det følger av praksis fra EMD at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende og ikke gir rom for preventiv frihetsberøvelse.²⁹

Artikkel 5 (1)(c) gir adgang til å frihetsberøve personer med det formål å fremstille dem for en kompetent rettslig myndighet. Det innebærer at vedkommende skal fremstilles for en dommer som etter artikkel 5 (3) skal utøve judisiell kontroll med den foretatte frihetsberøvelsen. Bestemmelsen lister opp tre alternative grunner for pågrepelse: mistanke om at noen har begått en straffbar handling, at pågrepelse er nødvendig for å forhindre at en straffbar handling begås, eller at det foreligger fluktfare etter at handlingen er begått. Ordlyden kunne tyde på at preventiv frihetsberøvelse vil kunne finne sted, men ettersom formålet med bestemmelsen er å fremstille personen for en kompetent rettslig myndighet som ledd i straffeforfølgning, vil en ren preventiv frihetsberøvelse være i strid med bestemmelsen.³⁰

Frihetsberøvelse av mindreårige samt personer som har det til felles at de kan utgjøre en fare for andre eller har et ekstra behov for omsorg, reguleres av artikkel 5 (1)(d og e).

Artikkel 5 (1)(f) er det siste unntaket fra retten til frihet og gir adgang til å frihetsberøve personer i forbindelse med innreise til landet og i forbindelse med utvisning og utlevering. Ettersom statsborgere har rett til adgang til og opphold i eget land, retter bestemmelsen seg først og fremst mot utlendinger. En frihetsberøvelse må her som ellers være lovlig. Bestemmelsen fastsetter ingen lengstefrist for frihetsberøvelsen, men det følger av praksis fra EMD at den ikke skal være lenger enn det som er rimelig å anse som nødvendig ut fra

²⁹ Se Engel and others vs. Nederland, premiss 69

³⁰ Prejudikatet for dette er Lawless vs. Irland, premiss 13-15

formålet.³¹ Adgangen til å frihetsberøve etter artikkel 5 (1)(f) er avhengig av at utsendelsesprosessen er i fremdrift og at statene aktivt følger opp saken. I Mikolenko vs. Estland fastslo EMD at:

”Any deprivation of liberty under the second limb of Article 5 § 1 (f) will be justified, however, only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 § 1 (f).”³²

I de tilfellene hvor en person er returvernet etter EMK artikkel 3 vil det som oftest ikke være mulig å forutse når personen vil kunne sendes ut. Dersom det ikke vil være mulig å utvise en person i overskuelig fremtid, kan personen ikke frihetsberøves under henvisning til artikkel 5 (1)(f).

Personene denne avhandlingen dreier seg om er av flere grunner ansett av myndighetene ikke å kunne frihetsberøves. De er ikke domfelt og kan derfor ikke frihetsberøves etter artikkel 5 (1)(a). Av etterretningshensyn er det ofte ikke ønskelig å fremstille dem for en kompetent rettslig myndighet fordi informanter og etterretningsmetoder da vil bli avslørt. I enkelte tilfelle er ikke bevisene sterke nok til at personen kan bli domfelt og det blir ikke reist tiltale. Frihetsberøvelse etter artikkel 5 (1)(c) er således utelukket. Ettersom personene er returvernet etter EMK artikkel 3, kan frihetsberøvelse i påvente av utvisning etter artikkel 5 (1)(f) ikke finne sted. Frihetsberøvelse som et tiltak for å forebygge en terrorhandling vil således kunne være i strid med EMK artikkel 5.

Storbritannia og Danmark har vurdert at deres iverksatte tiltak ikke utgjør frihetsberøvelse, og at EMK artikkel 5 ikke kommer til anvendelse. Norge har fremsatt et lovforslag hvor man vurderer å utvide adgangen til å frihetsberøve utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser ved å gå lenger enn man i dag gjør i å benytte

³¹ Mikolenko vs. Estland, premiss 60

³² Mikolenko vs. Estland, premiss 59

muligheten til frihetsberøvelse etter artikkel 5 (1)(f).³³ Ettersom personene ikke regnes som frihetsberøvede tilkommer det dem heller ikke rettigheter etter artikkel 5 (2) følgende. Av den grunn er det helt sentralt å vurdere om myndighetenes kontrolltiltak mot personer som er returvernet må regnes som frihetsberøvelse etter artikkel 5.

4.1.1 Avgrensning mot tilleggsprotokoll 4 artikkel 2

Frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand må avgrenses mot begrensninger i bevegelsesfriheten som reguleres av artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Det faller utenfor denne avhandlingens omfang å behandle artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 inngående, men ettersom bestemmelsen brukes i tolkningen av artikkel 5s rekkevidde er det nødvendig å gi en kort oversikt over dens innhold.

Artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 slår fast at enhver som lovlig befinner seg på en stats territorium, skal ha rett til bevegelsesfrihet innenfor dette territoriet og ha rett til fritt å velge bosted. Vernet gjelder statsborgere og utlendinger. At oppholdet skal være lovlig, medfører at de som illegalt har reist inn i landet ikke har vern etter bestemmelsen. Det samme gjelder dersom en utlending ikke oppfyller vilkårene for opphold for eksempel fordi vedkommende er utvist. En utlending som er utvist, men returvernet etter EMK artikkel 3, vil imidlertid ha rett til bevegelsesfrihet etter artikkel 2 . Artikkel 2 (3) i tilleggsprotokoll 4 gir adgang til å foreta unntak fra artikkel 2 (1) og (2) dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn, og for å ivareta nærmere bestemte formål.

Videre tar avhandlingen for seg hvilken forståelse av begrepet frihetsberøvelse EMD har lagt til grunn.

³³ Det kongelige justis- og politidepartementet (2010) s. 23

4.2 Frihetsberøvelse

4.2.1 Innledning

EMK artikkel 5 oppstiller som nevnt et vern mot vilkårlig frihetsberøvelse hvor alle har rett til personlig frihet. Statene kan under visse vilkår, som nevnt i punkt 4.1, gjøre inngrep i friheten gjennom ”detention” eller ”arrest”. Det fremgår ikke av bestemmelsen hvilke tiltak som vil være å anse som frihetsberøvelse. Artikkel 5 gir ingen definisjon av begrepet og det er således en totalvurdering av den enkelte situasjonen som vil være avgjørende for om tiltaket er å anse som frihetsberøvelse.

I det følgende vil den forståelsen av begrepet frihetsberøvelse som EMD har lagt til grunn i sine avgjørelser bli presentert. I punkt 4.2.2 behandles saken *Engel and others vs. Nederland* og *Guzzardi vs. Italia* hvor EMD fastsetter de grunnleggende utgangspunktene for når et tiltak som begrenser bevegelsesfriheten er å anse som frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. På denne bakgrunn kan man kategorisere frihetsinnskrenkende tiltak etter inngrepets grad og intensitet i tre grupper: streng husarrest, mild husarrest og geografisk avgrenset oppholdssted. Disse vil bli gjennomgått i punkt 4.2.3 – 4.2.5.

4.2.2 Grensen mellom begrensninger i bevegelsesfriheten og frihetsberøvelse

4.2.2.1 Engel and others vs. Nederland

Første gang EMD tok standpunkt til grensen mellom begrensning i bevegelsesfriheten og frihetsberøvelse var i saken *Engel and others vs. Nederland*³⁴. Saken omhandlet soldater i den nederlandske hæren som, uavhengig av hverandre, var ilagt ulike former for straff av deres overordnede som en konsekvens av brudd på militær disiplin. Soldatene hevdet blant annet at deler av straffen var i strid med forbudet mot vilkårlig fengsling i artikkel 5.³⁵ I det nederlandske militærsystemet ble soldatene ilagt sanksjoner med ulik grad av frihetsberøvelse ut fra alvorligheten av det forutgående regelbruddet. EMD uttalte:

³⁴ *Engel and others vs. Nederland*, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. juni 1976

³⁵ *Engel and others vs. Nederland*, premiss 56

”In proclaiming the ”right to liberty”, paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person. Its aim is to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion. As pointed out by the Government and the Commission, it does not concern mere restrictions upon liberty of movement (Article 2 of Protocol no. 4) (P4-2). This is clear both from the use of the terms ”deprived of his liberty”, ”arrest” and ”detention”, which appear also in paragraphs 2 to 5, and from accomparision between Article 5 (art. 5) and the other normative provisions of the Convention and its Protocols.”³⁶

EMD vurderte de ulike sanksjonene opp mot frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Den klassiske formen for frihetsberøvelse utgjorde ifølge EMD fysisk anbringelse av en person i fengsel eller arrest. Videre understreket domstolen at artikkel 5 ikke omhandlet begrensninger i bevegelsesfriheten, men at de forholdene falt inn under artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

Tiltak karakterisert som henholdsvis ”light arrest”, ”aggravated arrest” og ”strict arrest” ble vurdert. EMD kom frem til at det kun var tiltak som kunne karakteriseres som ”strict arrest” som var å anse som frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.³⁷ Domstolen fastslo at normale forhold innen det militære ikke var å anse som frihetsberøvelse.³⁸ ”Ligth and aggravated arrest” innebar at soldatene fortsatte med sine daglige gjøremål, men måtte oppholde seg i en spesiell bygning på fritiden. Dette ble ikke ansett å være frihetsberøvelse. Innesperring på en celle ble derimot ansett å være frihetsberøvelse.³⁹

³⁶ Engel and others vs. Nederland, premiss 58

³⁷ Engel and others vs. Nederland, premiss 61-63

³⁸ Engel and others vs. Nederland, premiss 59

³⁹ Engel and others vs. Nederland, premiss 63

EMD har gjennom en rekke avgjørelser vurdert hvorvidt andre tiltak utover fengsel og arrest vil kunne være frihetsberøvelse etter artikkel 5. Praksis fra EMD viser at domstolen anser det for å være en flytende overgang mellom tiltak som anses som frihetsberøvelse etter artikkel 5 og de tiltak som anses som inngrep i bevegelsesfriheten som er sikret i tilleggsprotokoll 4 artikkel 2. Synspunktene i Engel and others vs. Nederland ble videreført i Guzzardi vs. Italia hvor domstolen drøftet forholdet mellom frihetsberøvelse og begrensninger i bevegelsesfriheten. Domstolens uttalelser i denne saken har skapt presedens for senere avgjørelser.

4.2.2.2 Guzzardi vs. Italia

Grensen mellom frihetsberøvelse og begrensninger i bevegelsesfriheten stod sentralt i saken Guzzardi vs. Italia⁴⁰. Sakens bakgrunn var at italienske myndigheter mistenkte at Guzzardi var tilknyttet den italienske mafiaen. Den 8. februar 1973 ble han arrestert, siktet for medvirkning til bortføringen av en forretningsmann den 18. desember 1972. Han ble frikjent i the Milan Regional Court (Tribunale de Milano) i 1976, men ble dømt til åtte års fengsel i ankesaken i 1979 (the Milan Court of Appeal). Etter italiensk lov kunne han ikke holdes varetektsfengslet i mer enn to år. Den 8. februar 1975 måtte han derfor løslates. Italienske myndigheter valgte da å internere Guzzardi på øya Asinara som ligger nordvest for Sardinia. Asinara er 20 km lang, men Guzzardi fikk kun oppholde seg på et begrenset område av øya. Dette området var på 2,5 km². Han kunne fritt forflytte seg innenfor dette området, men han kunne ikke forlate det uten å gi beskjed til myndighetene. Guzzardi kunne søke om å få besøke det italienske fastlandet eller Sardinia dersom han hadde gode grunner for det (medisinsk behandling eller familieanliggender). Han kunne også søke om opphold for sin nærmeste familie, og hans kone og sønn bodde med ham store deler av tiden.

Guzzardi ble pålagt diverse restriksjoner. I tillegg til å måtte bo i det bestemte området av øya ble han pålagt å skaffe seg fast arbeid. Han ble pålagt meldeplikt to ganger daglig samt

⁴⁰ Guzzardi vs. Italia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. november 1980

på anmodning. Han ble pålagt ikke å omgå personer med kriminell bakgrunn. Mellom klokken ti om kvelden og syv om morgenen måtte han oppholde seg på bostedet med mindre det var nødvendig å oppholde seg et annet sted. I så fall pliktet han å gi beskjed om dette på forhånd. Guzzardi fikk ikke ha våpen, frekventere nattklubber eller barer eller ta del i offentlige møter. Dersom han ville foreta eller motta en langdistansesamtale skulle han på forhånd informere myndighetene om telefonnummer og navn på personene han ville ringe eller som skulle ringe ham.

Domstolen uttalte at retten til frihet i artikkel 5 omhandler den fysiske friheten til en person og at formålet med bestemmelsen er å sikre at ingen vilkårlig fratas denne friheten⁴¹. Det understrekes at bestemmelsen ikke omhandler begrensninger i bevegelsesfriheten, men at slike begrensninger vil falle inn under tilleggsprotokoll 4 artikkel 2.⁴² Videre uttalte EMD at:

”In order to determine whether someone has been ”deprived of his liberty” within the meaning of Article 5 (art. 5), the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.”⁴³

Utgangspunktet for hvorvidt det foreligger frihetsberøvelse er den konkrete situasjonen. Vurderingen skal ta hensyn til en rekke kriterier som type, lengde, virkning og iverksetting av de aktuelle restriksjonene. Disse kriteriene var tidligere lagt til grunn av EMD i Engel and others vs. Nederland, 1976.⁴⁴ Videre uttalte domstolen at:

”The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance”⁴⁵

⁴¹ Guzzardi vs. Italia, premiss 92

⁴² Guzzardi vs. Italia, premiss 92

⁴³ Guzzardi vs. Italia, premiss 92

⁴⁴ Engel and others vs. Nederland, premiss 58-59

⁴⁵ Guzzardi vs. Italia, premiss 93

Forskjellen mellom frihetsberøvelse og begrensninger i bevegelsesfriheten er etter dette kun et spørsmål om grad og intensitet og ikke et spørsmål om tiltakets natur eller innhold. Domstolen bemerket at:

”Deprivation of liberty may, however, take numerous other forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic states.”⁴⁶

Andre tiltak enn det som vil være å karakterisere som ”strict arrest” kan også utgjøre frihetsberøvelse. Hver for seg anså ikke EMD de ulike tiltakene som var iverksatt overfor Guzzardi for å være frihetsberøvelse etter artikkel 5. Den særlige overvåkingen og påbudet om å bosette seg i et særskilt geografisk område ville ikke i seg selv bli ansett som frihetsberøvelse.⁴⁷ Samlet sett utgjorde imidlertid tiltakene i denne konkrete situasjonen frihetsberøvelse og EMK artikkel 5 ble ansett å være anvendelig.⁴⁸ Domstolen la i sin avgjørelse vekt på at selv om det området Guzzardi måtte oppholde seg på var langt større enn en fengselscelle, og ikke inngjerdet, var den faktiske situasjonen slik at han bodde sammen med folk som var underlagt lignende restriksjoner som ham selv samt polititjenestemenn.⁴⁹ Han var utsatt for streng overvåking og portforbud mellom klokken ti om kvelden og syv om morgenen. Dette i kombinasjon med meldeplikt to ganger daglig og restriksjoner angående bruk av telefon, gjorde at EMD fant at tiltakene samlet var å sammenlikne med fengsling i et åpent fengsel. Domstolen la også vekt på at tiltakene hadde en varighet på 16 måneder.⁵⁰

⁴⁶ Guzzardi vs. Italia, premiss 95

⁴⁷ Guzzardi vs. Italia, premiss 94

⁴⁸ Guzzardi vs. Italia, premiss 95

⁴⁹ Guzzardi vs. Italia, premiss 95

⁵⁰ Guzzardi vs. Italia, premiss 95

Guzzardi vs. Italia viser at det er en flytende overgang mellom frihetsberøvelse som rammes av artikkel 5, og begrensninger i bevegelsesfriheten som reguleres av tilleggsprotokoll 4 artikkel 2. På tross av denne flytende overgangen er det, på bakgrunn av praksis fra EMD, mulige å foreta en inndeling av saker som ikke innebærer frihetsberøvelse i den klassiske formen (fengsling) i tre grupper: streng husarrest, mild husarrest og geografisk avgrenset oppholdssted.⁵¹ Denne inndelingen er inspirert av Engel and others vs. Nederland, hvor EMD som nevnt vurderte frihetsinnskrenkende tiltak karakterisert som henholdsvis ”light, aggravated and strict arrest”.

4.2.3 Streng husarrest

Myndighetene vil fra tid til annen iverksette tiltak som de regner for å være mindre inngripende enn fengsling og dermed ikke frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. EMD har i flere tilfeller kommet til at tiltak som medfører at en person må oppholde seg i sin egen bolig eller på et snevert geografisk område 24 timer i døgnet og kun kan forlate området etter tillatelse de facto utgjør frihetsberøvelse og ikke bare er begrensninger i bevegelsesfriheten.

4.2.3.1 24 timers husarrest i kombinasjon med kontinuerlig overvåking

I dommene Lavents vs. Latvia⁵² og Freimanis & Lidums vs. Latvia⁵³ vurderte EMD hvorvidt 24 timers husarrest under overvåking utgjorde frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. De to sakene omhandlet bankansatte i en av Latvias største banker, Banka Batilja. Lavents var leder av kontrollkomiteen i banken, mens Freimanis og Lidums var henholdsvis styreformann og direktør. Banken gikk konkurs og de tre ble i 1995/1996 satt under etterforskning. Lavents og Freimani var mistenkt for å ha begått sabotasje idet de hadde godkjent en overførsel på omtrent 80 millioner latviske lats (tilsvarende omtrent 139

⁵¹ Mchangama (2009) s. 2

⁵² Lavents vs. Latvia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. november 2002

⁵³ Freimanis & Lidums vs. Latvia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9. februar 2006

millioner euro) til en russisk bank i bytte mot betaling i russiske statsobligasjoner. Lidums var på sin side mistenkt for å ha begått underslag.

Lavents ble varetektsfengslet 14. juli 1995. I løpet av varetektsperioden var han innlagt på sykehus to ganger på grunn av problemer med hjertet. Da saken mot ham startet 12. juni 1997, ba han om å bli løslatt på grunn av sin helsetilstand, men retten valgte å opprettholde varetektsfengslingen. Etter et hjerteinfarkt 14. oktober 1997 ble fengslingen omgjort til husarrest under overvåking. Den 14. september ble han igjen fengslet. På grunn av hans helsetilstand ble han nok en gang innlagt på sykehus. Lavents klaget den latviske stat inn for EMD for brudd på EMK artikkel 5 nr. 3 og nr. 4, artikkel 6 nr. 1 og nr. 2 samt artikkel 8. Saken ble tatt opp til behandling i 2002.

EMD tok utgangspunkt i kriteriene som ble oppstilt i *Guzzardi vs. Italia*. Retten fant at Lavents i perioden 14. oktober 1997 til 25. september 1998 hadde vært pålagt husarrest, og at han i hele denne perioden hadde måttet oppholde seg i sin leilighet under overvåking og med portforbud. Domstolen anså at graden av restriksjonene som var ilagt Lavents var tilstrekkelig strenge til at det måtte sies å foreligge frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.⁵⁴ Etter rettens syn gjaldt det samme for de periodene da han var innlagt på sykehus og ikke var fengslet. Han hadde ikke rett til å forlate sykehuset og begrensningene gjorde at det de facto var snakk om en fengsling.⁵⁵ Retten kunne ikke tillegge statens argument om at forholdene på sykehuset og i husarrest var bedre enn de ville ha vært i et fengsel avgjørende vekt. Tvert imot understreket retten at vurderingen av hvorvidt det foreligger frihetsberøvelse ikke handler om hvilket fysisk miljø frihetsberøvelsen finner sted under. Det legges ingen vekt på komfort eller innredning i de ulike fangelokalene. Graden og intensiteten i tiltakene er de eneste kriteriene i vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse.⁵⁶ 24 timers husarrest ble ansett å være frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand. Det samme kom EMD til i saken *Freimanis & Lidums vs. Lativa*. I denne saken,

⁵⁴ Lavents vs. Latvia, premiss 63

⁵⁵ Lavents vs. Latvia, premiss 63

⁵⁶ Lavents vs. Latvia, premiss 64

som hadde sitt utgangspunkt i samme forhold som Lavents vs. Latvia, ble de periodene Freimani og Lidums tilbrakte i 24 timers husarrest ansett som frihetsberøvelse. Domstolen anså imidlertid tiltak som politiovervåkning og pålagt bosted kun som begrensninger i bevegelsesfriheten.⁵⁷

I både Lavents vs. Latvia og Freimanis & Lidums vs. Latvia ble husarresten gjennomført i kombinasjon med kontinuerlig overvåkning. En rekke dommer fra EMD viser at husarrest i seg selv, uten overvåkning eller andre tiltak, er å regne som frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

4.2.3.2 24 timers husarrest uten overvåking eller andre tiltak

I saken Mancini vs. Italia⁵⁸ var det spørsmål om forsinket overføring fra fengsel til 24 timers husarrest utgjorde et brudd på EMK artikkel 5 (1)(c). I 1997 ble to væpnede ran utført i Roma. Politiet fant bevis for at ransutbyttet hadde vært gjemt i et varehus som tilhørte et firma eid av Vittorio og Luigi Mancini. Det ble også hevdet at de to hadde vært i telefonkontakt med personene mistenkt for å stå bak ranene.⁵⁹ Statsadvokaten ba om at de skulle varetektsfengsles. Dette ble tatt til følge. De to anket avgjørelsen og ankeinstansen omgjorde varetektsfengslingen til det mindre inngripende tiltaket husarrest. Etter dette ble de to pålagt å oppholde seg i hjemmene sine, uten at tiltaket ble supplert med ekstra overvåking. Vittorio og Luigi Mancini hevdet at dette var et brudd på EMK artikkel 5 (1)(c). EMD uttalte at:

”In the instant case, in view of their effects and their manner of implementation, both imprisonment and house arrest amounted to a deprivation of the applicants’ liberty for the purposes of Article 5 § 1 (c) of the Convention”⁶⁰

⁵⁷ Freimanis & Lidums vs. Latvia, premiss 86-87

⁵⁸ Mancini vs. Italia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 2001

⁵⁹ Mancini vs. Italia, premiss 8

⁶⁰ Mancini vs. Italia, premiss 17

Selv om husarresten ikke var supplert med andre overvåkende tiltak, utgjorde den frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

Den samme konklusjonen kom EMD til i saken Nikolova vs. Bulgaria⁶¹. Ivanka Markova Nikolova var kasserer og regnskapsfører i et statlig eid selskap. Hun var mistenkt for å stå bak forfalskning av regnskaper og underslag. I løpet av varetektsperioden ble hun alvorlig syk. Etter at et utvalg medisinerere hadde konkludert med at hun ikke var frisk nok til å kunne sitte i fengsel ble varetekten gjort om til husarrest. Husarrest var i den litauiske straffeloven definert som forbud mot å forlate hjemmet uten etter tillatelse fra de aktuelle myndighetene. Videre ble husarrest sidestilt med fengsling. EMD uttalte at det ikke var tvil om at husarresten utgjorde en frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.⁶² Selv om det i denne saken ikke var snakk om husarrest i kombinasjon med overvåkning som i Lavents og Freimani-sakene ble husarresten altså ansett å være frihetsberøvelse.

I Pekov vs. Bulgaria⁶³ vurderte EMD hvorvidt manglende overvåking fra politiets side, og dermed mulighet for å bryte husarresten, førte til at husarresten ikke utgjorde frihetsberøvelse. Rumen Genkov Pekov ble styreformann i Popular Bank Pekov i 1993 og i 1994 ble han styreformann i The Union of Popular Banks. I 1995 ble han siktet for blant annet å drive bankvirksomhet uten løyve. Han ble varetektsfengslet og siden overført til husarrest på grunn av hans helsetilstand. EMD uttalte at det gjennom praksis er fastslått at husarrest utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.⁶⁴ Videre uttalte de at det faktum at Pekov ikke var under overvåking under hele hans periode i husarrest, noe som gjorde det mulig for ham å bryte husarresten, ikke endret oppfattelsen av at husarrest utgjør frihetsberøvelse. I vurderingen av hvorvidt en person er frihetsberøvet må man, ifølge retten, se på de faktiske forholdene i det regimet som vedkommende er underlagt. Det

⁶¹ Nikolova vs. Bulgaria, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. september 2004

⁶² Nikolova vs. Bulgaria (No. 2), premiss 60 og 74

⁶³ Pekov vs. Bulgaria, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. mars 2006

⁶⁴ Mancini vs. Italia, premiss 17; Vachev vs. Bulgaria, premiss 64 og 70; Nikolova vs. Bulgaria, premiss 60 og 74

faktum at Pekov hadde mulighet til å bryte husarresten kunne ikke føre til den konklusjon at forholdet ikke var å anse som frihetsberøvelse.⁶⁵

4.2.3.3 Kort oppsummert

Det går frem av de tre sistnevnte dommene at det anses som tilstrekkelig at personen er pålagt opphold i egen bolig eller i annet avgrenset område 24 timer i døgnet for at frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand kan sies å foreligge. Det er ikke nødvendig at husarresten kombineres med andre tiltak, som for eksempel kontinuerlig overvåkning, slik tilfellet var i Lavent og Freimani-sakene.

Spørsmålet blir hvorvidt også mildere former for husarrest kan sies å måtte anses som frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

4.2.4 Mild husarrest

Betegnelsen streng husarrest forbeholdes de tilfeller hvor vedkommende må oppholde seg på et bestemt sted 24 timer i døgnet. Mild husarrest er, til forskjell fra streng husarrest, karakterisert ved at en person må oppholde seg i sin bolig, eller på et avgrenset geografisk område, i en bestemt tid av døgnet. Personen er gjerne også underlagt en rekke andre restriksjoner som besøkskontroll og meldeplikt, men dette er ikke nødvendig. Praksis fra EMD viser at tiltak som vil falle inn under begrepet mild husarrest som oftest ikke anses som frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand, men heller som en begrensning i bevegelsesfriheten som reguleres av artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

I det følgende gjennomgås saker hvor ilagte restriksjoner ble vurdert til å utgjøre begrensninger i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 og ikke frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Ved å se på hva som ble vurdert å falle inn under artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 er det mulig å slutte seg til hvilke tiltak som ikke vil være inngripende nok til å utgjøre frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand.

⁶⁵ Pekov vs. Bulgaria, premiss 73

4.2.4.1 Raimondo vs. Italia – tiltak vurdert å utgjøre begrensning i bevegelsesfriheten

I dommen Raimondo vs. Italia⁶⁶ tok EMD stilling til hvorvidt Raimondo hadde fått begrenset sin bevegelsesfrihet i strid med artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Saken er illustrerende for å vise hvilke tiltak som ikke anses å utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Guisepppe Raimondo ble arrestert i 1984, mistenkt for å være del av en mafiagruppering i Soverato-regionen. I 1985 ble han siktet for forholdet. På dette tidspunktet satt han i varetekt, men i en kjennelse avsagt 16. oktober 1985 ble varetekten omgjort til husarrest. Raimondo fikk forbud mot å forlate sitt hjem uten å gi beskjed til politiet, han ble pålagt meldeplikt, og han ble pålagt husarrest ti timer i døgnet. Mellom klokken ni om kvelden og syv om morgenen var han forpliktet til å oppholde seg i hjemmet med mindre han hadde gode grunner for å forlate huset og hadde informert de aktuelle myndigheter på forhånd.⁶⁷ I januar 1986 ble han frifunnet og husarresten ble opphevet. Raimondo mente at den politiovervåkingen han var plassert under utgjorde et brudd på artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. I sin avgjørelse uttalte EMD at:

”The Court considers in the first place that, notwithstanding the applicant’s assertion to the contrary, the measures in issue did not amount to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 para 1 (art. 5-1) of the Convention.”⁶⁸

”The mere restrictions on the liberty of movement resulting from special supervision fall to be dealt with under Article 2 of Protocol No. 4 (P4-2)”⁶⁹

⁶⁶ Raimondo vs. Italia, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. februar 1994

⁶⁷ Raimondo vs. Italia, premiss 13

⁶⁸ Raimondo vs. Italia, premiss 39

⁶⁹ Raimondo vs. Italia, premiss 39

Tiltakene det var snakk om var altså ikke av en slik grad og intensitet at det skulle vurderes om de utgjorde frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Begrensningene i bevegelsesfriheten som følge av overvåkingen skulle behandles under artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

EMD henviste i sin avgjørelse til *Guzzardi vs. Italia* hvor de ilagte restriksjonene, kumulativt, ble funnet å utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Både Guzzardi og Raimondo var pålagt meldeplikt og oppholdsplikt på en bestemt tid på døgnet. I Raimondos tilfelle utgjorde husarresten ti timer oppholdsplikt i egen bolig i døgnet, mens Guzzardi var pålagt ni timers husarrest. I utgangspunktet var dermed Raimondo utsatt for en mer inngripende husarrest enn Guzzardi, men forholdet ble likevel ikke ansett å være frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Til forskjell fra Raimondo var Guzzardi plassert på en øy med begrensede muligheter til å bevege seg utenfor det geografiske området han var plassert i. Den faktiske situasjonen til Guzzardi ble vurdert slik at forholdene minnet om soning i åpent fengsel. Mens Guzzardi måtte oppholde seg sammen med andre, og hadde begrensede muligheter til å omgås andre enn kriminelle og polititjenestemenn, kunne Raimondo fortsette å bo i sin egen bolig og bevege seg fritt omkring på dagtid. Graden og intensiteten av de pålagte restriksjonene må etter min mening anses å være ulike i de to sakene og det kan antas at det er denne forskjellen som fører til at bare restriksjonen i Guzzardi-saken samlet ble ansett å utgjøre frihetsberøvelse. Tiltakene som var pålagt Raimondo utgjør etter min mening mild husarrest.

4.2.4.2 *Labita vs. Italia* – tiltak vurdert å utgjøre begrensning i bevegelsesfriheten

Lignende restriksjoner som Raimondo var underlagt, ble i *Labita vs. Italia*⁷⁰ funnet å utgjøre begrensninger i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 og ikke frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. EMD vurderte i denne saken hvorvidt tiltak iverksatt overfor Labita utgjorde begrensninger i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Bendetto Labita ble arrestert 21. april 1992, mistenkt for å være del av en mafiagruppering i Alcamo. Etter en henstilling fra påtalemyndighetene besluttet Trapani

⁷⁰ *Labita vs. Italia*, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. april 2000

District Court 10. mai 1993 å sette Labita under forebyggende tiltak. Han ble satt under politiovervåking og ble pålagt å bo i Alcamo i tre år. Han måtte oppholde seg i sin bolig mellom klokken åtte om kvelden og seks om morgenen og han hadde meldeplikt til politiet hver søndag mellom klokken ni og tolv på formiddagen. I tillegg til dette var han underlagt begrensninger med hensyn til hvilke mennesker han kunne omgås og hvilke steder han kunne oppholde seg. Han kunne blant annet ikke oppsøke barer og offentlige arrangementer.⁷¹

EMD fant at Labita i tre år, fra 19. november 1994 til 18. november 1997, var underlagt omfattende begrensninger i sin bevegelsesfrihet, noe som uten tvil måtte være å anse som et inngrep i hans rettigheter etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.⁷² Husarresten som Labita var ilagt utgjorde totalt 10 av døgnets 24 timer, altså en time mer enn i Guzzardis tilfelle, men ble likevel ikke vurdert opp mot frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

4.2.4.3 Trijonis vs. Litauen – grensen mellom frihetsberøvelse og begrensning i bevegelsesfriheten

Forskjellen mellom frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand og begrensninger i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 kommer godt frem i saken Trijonis vs. Litauen^{73, 74}. Spørsmålet som ble fremlagt for EMD var blant annet hvorvidt ilagt husarrest utgjorde vilkårlig frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Saken hadde sitt opphav i en straffesak mot Trijonis for ulovlig tilegnelse av annen manns eiendom. Litauske myndigheter innledet straffesaken mot Trijonis 27. november 1995. Han ble avhørt første gang 20. desember 1995. Som en følge av at en annen person som var mistenkt i saken forsøkte å unndra seg straffeforfølgning ved å reise til USA tok etterforskningen, og dermed saksgangen, flere år. I desember 2000 ble Trijonis ilagt husarrest 24 timer i døgnet.

⁷¹ Labita vs. Italia, premiss 63

⁷² Labita vs. Italia, premiss 193

⁷³ Trijonis vs. Litauen, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. mars 2005

⁷⁴ De aktuelle bemerkningene er hentet fra den avgjørelsen som ble avsagt da EMD vurderte hvorvidt saken skulle slippe inn til behandling. Saken ble senere avvist som en følge av at Trijonis ikke sendte inn prosesskrift til retten, se: Trijonis v. Lithuania application no. 2333/02 Judgement 15.12.2005

Den 11. januar 2001 ble husarresten omgjort og Trijonis ble i stedet pålagt mildere restriksjoner. Han fikk tillatelse til å være på arbeidsplassen i ukedagene, men var pålagt å oppholde seg hjemme mellom klokken syv om kvelden og klokken syv om morgenen i ukedagene og hele døgnet i helgene. Den 6. mai 2001 ble husarresten igjen endret og Trijonis ble pålagt skriftlig å forplikte seg til ikke å endre sitt faste oppholdssted.

EMD bemerket i sin behandling at det var snakk om to perioder med husarrest hvorav den første løp fra 15. desember 2000 til 11. januar 2001 og den andre fra 11. januar 2001 til 6. mai 2002. Retten bemerket at Trijonis har gjort gjeldende at han ikke hadde fått mulighet til å overprøve avgjørelsen om å ilegge ham 24 timers husarrest, i perioden 15. desember 2000 til 1. januar 2001, og at dette var i strid med EMK artikkel 5 (4). EMD fant at dette kunne prøves og har dermed vurdert forholdet slik at husarresten det her er snakk om, utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. EMD avviste derimot behandlingen av husarrest i perioden mellom 1. januar 2001 og 6. mai 2002 fordi de anså det som klart at forholdet ikke utgjorde frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.⁷⁵ I begrunnelsen viste retten til at Trijonis fikk tilbringe tid på arbeidsplassen og hjemme. EMD henviste til *Guzzardi vs. Italia* premiss 90-95 hvor forholdene, som omtalt i kapittel 4.2.2.2, ble ansett å utgjøre frihetsberøvelse. Selv om restriksjonene i Trijonis tilfelle ikke ble ansett å utgjøre frihetsberøvelse vurderte retten det slik at de innebar en begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

Perioden hvor Trijonis var pålagt 24 timers husarrest kan karakteriseres som streng husarrest. Dette ble av EMD vurdert å utgjøre frihetsberøvelse. Den perioden hvor restriksjonene var mildere, og som av EMD ble vurdert å utgjøre en begrensning i bevegelsesfriheten, tilsvarer mild husarrest. Da restriksjonene nok en gang ble endret til det mindre inngripende tiltaket å ikke endre sitt faste oppholdssted kan tiltakene ikke lenger sies å utgjøre mild husarrest, men i stedet en form for pålegg om geografisk avgrenset oppholdssted.

⁷⁵ Trijonis vs. Litauen, s. 7

4.2.5 Geografisk avgrenset oppholdssted

Geografisk avgrenset oppholdssted er regnet for å være et mindre inngripende tiltak enn mild husarrest. Mens personen som ilegges mild husarrest må oppholde seg på et bestemt sted til en bestemt tid av døgnet utgjør geografisk avgrenset oppholdssted kun et påbud om ikke å endre adresse og/eller oppholde seg i et større geografisk avgrenset område.

Etter EMDs praksis utgjør ikke et påbud om opphold i et bestemt geografisk område en frihetsberøvelse, men kun en begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Dette kan illustreres med den tidligere nevnte dommen *Freimanis & Lidum vs. Latvia* hvor 24 timers husarrest ble ansett å være frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand,⁷⁶ mens påbudet om ikke å forlate et nærmere bestemt geografisk område kun var en begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 tilleggsprotokoll 4.⁷⁷

4.3 Kort oppsummert

Av kapittel 4.2.4 går det frem at EMD foretar et skille mellom det som kan betegnes som streng og det som kan betegnes som mild husarrest. Det er kun streng husarrest som anses å utgjøre frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Tiltak som innebærer husarrest i bestemte perioder av døgnet, i kombinasjon med andre kontrolltiltak, betraktes som begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. I tillegg til dette skillet kan man også oppstille en tredje gruppe av restriksjoner som vil være mindre inngripende enn mild husarrest. Ved å pålegge noen å oppholde seg innen et større, men bestemt geografisk avgrenset område vil bevegelsesfriheten bli noe begrenset, men fremdeles være videre enn dersom vedkommende var ilagt tiltak som ville utgjort mild husarrest.

I det følgende vil det bli vurdert hvorvidt utvalgte antiterroriltak i Storbritannia, Danmark og Norge pålegger så inngripende restriksjoner at det må anses å være frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

⁷⁶ *Freimanis & Lidums vs. Latvia*, premiss 86

⁷⁷ *Freimanis & Lidums vs. Latvia*, premiss 87

5 Antiterroriltak i Storbritannia, Danmark og Norge

5.1 Innledning

Storbritannia, Danmark og Norge står alle overfor utfordringer som en følge av trusler om terrorisme. Det er i utgangspunktet store variasjoner i trusselnivået innad i Europa og det er betydelig grad av usikkerhet knyttet til beskrivelsen av trusselsituasjonen.⁷⁸ Likevel må det antas at trusselnivået i Storbritannia er høyere enn i Danmark og Norge. Videre er det grunn til å tro at risikoen for å bli utsatt for terrorangrep er noe høyere i Danmark enn i Norge. Danske myndigheter har avdekket og forhindret flere planlagte terrorangrep på dansk jord, og danske personer og medieinstitusjoner har vært utpekt som terrormål.⁷⁹

I det påfølgende vil de tiltak de tre landene har valgt å iverksette overfor mennesker som er returvernet, men uønsket i landet, bli analysert. Utgangspunktet for analysen er forståelse av frihetsberøvelse som er lagt til grunn gjennom EMDs praksis og som er gjennomgått i kapittel 4. Det som vil bli vurdert er hvorvidt de ilagte restriksjonene utgjør frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Storbritannia, som har innført de mest omfattende kontrolltiltakene, blir behandlet i kapittel 5.2. I kapittel 5.3 presenteres den danske ordningen med ”tålt opphold”, mens de tiltakene Norge har iverksatt og vurderer å iverksette gjennomgås i kapittel 5.4.

5.2 Storbritannia

5.2.1 Innledning

Storbritannia har vært et mål for terrorister i over hundre år og har over lang tid bygget opp et antiterrorlovverk.⁸⁰ Siden 1970-tallet har fokuset i stor grad vært rettet mot bekjempelse og forhindring av internasjonal terrorisme. I 2000 vedtok det britiske parlamentet *The Terrorism Act 2000*. Denne markerte en ny fase i britisk antiterrorlovgivning ved å etablere

⁷⁸ Nasjonal sikkerhetsmyndighet mfl. (2010) s. 9

⁷⁹ Center for Terroranalyse ved Politiets Efterforskningstjeneste (2010), s. 2

⁸⁰ Walker (2006) s. 1137

et mer enhetlig og permanent regime enn man tidligere hadde hatt og ved å ha et mer internasjonalt fokus enn i tidligere lovgivning.⁸¹ Etter angrepene mot USA 11. september 2001 ble *The Anti-terrorism, Crime and Security Act (ATCSA) 2001* vedtatt. Denne ble siden etterfulgt av *The Prevention of Terrorism Act (PTA) 2005* og *The Terrorism Act 2006*.

I det følgende vil det nåværende systemet med ”control orders” bli presentert. Bakgrunnen for systemet presenteres i avsnitt 5.2.2. I avsnitt 5.2.3 gjennomgås systemet slik det fremstår i dag. Deretter følger en gjennomgang av om ”control orders” er forenelig med EMK i avsnitt 5.2.4. I dette avsnittet behandles britiske domstolars forståelse av hvorvidt ”control orders” er forenelig med konvensjonen og min egen vurdering av hvorvidt kontrolltiltakene utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand

5.2.2 The Anti-terrorism, Crime and Security Act (ATCSA) 2001

Del IV av ATCSA omhandler immigrasjon og asylsaker, og var svært omdiskutert. De mest kontroversielle bestemmelsene åpnet for at myndighetene kunne frihetsberøve utlendinger som var mistenkt for å være involvert i terrorisme, uten rettssak og på ubestemt tid.⁸²

Personene det gjaldt ble internert i Belmarsh fengsel. Formålet var å kontrollere de utlendingene som man hadde sterke indikasjoner på at var involvert i terrorisme, men som man ikke hadde nok bevis til å straffeforfølge eller hvor bevisene var av slik sensitiv karakter at det å legge dem frem i en åpen rettssak ville kunne avsløre overvåkningstjenestens arbeidsmetoder og sette informanternes liv i fare.⁸³

Det var på det rene at tiltakene som ble innført i ATCSA del IV var i strid med EMK artikkel 5 (1). For likevel å kunne innføre del IV valgte ”the Home Office, Britain’s

⁸¹ Walker (2006) s. 1138

⁸² McGoldrick (2007-2009) s. 508

⁸³ Walker (2006) s. 1143

departement of immigration and justice”, å derogere fra artikkel 5(1) ved henvisning til EMK artikkel 15. Etter denne bestemmelsen kan statene derogere fra konvensjonen:

”...to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law”.⁸⁴

I en erklæring om derogering fra EMK artikkel 5 gav den britiske regjeringen uttrykk for at landet midlertidig ikke var bundet av artikkel 5 på grunn av situasjonen som hadde oppstått etter angrepene mot USA 11. september 2001.⁸⁵ 16 utlendinger som ikke fikk asyl fordi de ble ansett å være en trussel mot nasjonal sikkerhet eller fordi de hadde utført internasjonal kriminalitet ble frihetsberøvet uten forutgående rettssak etter ATCSA del IV.

Del IV ble opprettholdt inntil domstolen forkastet ordningen i 2004. I saken *A vs Secretary of State for the Home Department* ble frihetsberøvelse som del IV åpnet for funnet å være i strid med the Human Rights Act fra 1998. Førstvoterende Lord Bingham uttrykte at selv om det hadde foreligget en krisesituasjon som var alvorlig nok til å derogere fra menneskerettslige forpliktelser var ikke frihetsberøvelse uten forutgående rettssak et proporsjonalt tiltak ettersom det kun omfattet utlendinger som skulle sendes ut av landet og ikke britiske borgere som også utgjorde en trussel. Det sikkerhetsmessige formålet ble ikke ansett å være oppfylt da personene ikke ville bli kontrollert i det hele tatt dersom de valgte å forlate landet.⁸⁶ ATCSA del IV ble altså ansett å være diskriminerende fordi den ikke omfattet britiske borgere, og den ble ikke ansett å være i overensstemmelse med kriteriene for å foreta derogasjon etter EMK artikkel 15.⁸⁷

⁸⁴ EMK art 15

⁸⁵ Chirinos (2005), s. 265

⁸⁶ *A and Others v. the Secretary of State for the Home Department*, premiss 44

⁸⁷ *A and Others v. the Secretary of State for the Home Department*, premiss 52

Som en følge av avgjørelsen i House of Lords ble systemet med frihetsberøvelse uten forutgående domstolsavgjørelse erstattet med begrensninger i form av kontrolltiltak, ”control orders”, gjennom *The Prevention of Terrorism Act 2005*.

5.2.3 The Prevention of Terrorism Act (PTA) 2005 – innføring av ”control orders”

PTA 2005 trådte i kraft 11. mars 2005.⁸⁸ Formålet med PTA var å innføre tiltak som skulle forhindre eller begrense muligheten for personer som var mistenkt for å være involvert i terrorisme å fortsett slik aktivitet.⁸⁹ Tiltakene betegnes som ”control orders”. I avsnitt 1 i PTA 2005 defineres control order som:

”an order made against an individual that imposes obligations on him for purposes connected with protecting members of the public from a risk of terrorism”.⁹⁰

For tiden er det ti personer som er underlagt ”control orders”.⁹¹

I avsnitt 4 spesifiseres de tiltakene som kan utgjøre en ”control order”. Listen er ikke uttømmende, men gir en detaljert oversikt over 16 mulige tiltak som kan anvendes. Blant tiltakene er (d) begrenset mulighet til å møte eller kommunisere med bestemte personer eller andre personer generelt; (e) pålagt bosted eller begrensede muligheter til å motta besøk i boligen; (f) forbud mot å oppholde seg på bestemte steder eller innen et bestemt område til bestemt tid eller på bestemte dager; (g) et forbud eller begrensninger på bevegelsesfriheten til, fra, eller innad i Storbritannia, en bestemt del av Storbritannia eller et bestemt sted eller område i Storbritannia; (j) et påbud om å gi bestemte personer tilgang til boligen eller andre steder hvor han/hun kan oppholde seg; (k) et påbud om å la bestemte

⁸⁸ PTA erstattet del IV av ATCSA 2001 etter at House of Lords i avgjørelsen *A and Others v. Secretary of State of the Home department* hadde slått fast at bestemmelsene var i strid med EMK artikkel 5 og 14.

⁸⁹ The Prevention of Terrorism Act, innledende avsnitt

⁹⁰ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 1 (1)

⁹¹ Travis (2011)

personer ransake boligen eller områder hvor vedkommende oppholder seg i den hensikt å fastslå om vedkommende har brutt eller er i ferd med å bryte tiltak som er pålagt gjennom ”control orders”.⁹² En person som uten gyldig grunn bryter med de restriksjoner som er ilagt ham kan straffeforfølges og fengsles i inntil fem år.⁹³

5.2.3.1 Derogating and Non-derogating control orders

PTA 2005 skiller mellom ”derogating control order” og ”non-derogating control order”. Førstnevnte defineres i avsnitt 15(1) som:

”a control order imposing obligations that are or include derogating obligations”.⁹⁴

Altså tiltak som er så inngripende at det er nødvendig å derogere fra andre folkerettslige forpliktelser for å gjennomføre dem. ”Derogating obligation” defineres i avsnitt 10(1) som:

”an obligation on an individual which – (a) is incompatible with his right to liberty under Article 5 of the Human Rights Conventions; but (b) is of a description of obligations which for the purposes of the designation of a designated derogation, is set out in the designation order.”⁹⁵

En ”non-derogation control order” er etter dette tiltak som kan gjennomføres uten at det må derogeres fra andre forpliktelser. Kontrolltiltakene som blir pålagt de personene som anses å være en trussel mot nasjonal sikkerhet har frem til nå vært av ”non-derogating”-karakter. Det anses med andre ord ikke å være nødvendig å derogere fra artikkel 5 jf. artikkel 15 fordi tiltakene ikke anses å utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

⁹² The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 1 (4)

⁹³ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 9 (4)(a)

⁹⁴ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 15 (1)

⁹⁵ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 10 (1)

En "non-derogating control order" kan ilegges enhver som er under mistanke om å være involvert i terrorisme. Til forskjell fra ATCSA retter den seg både mot britiske borgere og utlendinger som ikke har oppholdstillatelse. En "derogating control order" varer i seks måneder med mindre den oppheves eller fornyes,⁹⁶ mens en "non-derogating control order" varer i tolv måneder med mulighet for forlengelse.⁹⁷ Dersom restriksjonene ikke overholdes kan vedkommende straffes med inntil fem års fengsel.⁹⁸

5.2.4 Forholdet til EMK

"Control orders" gjorde det mulig for myndighetene å ilegge de personene som tidligere hadde blitt frihetsberøvet ved Belmarsh fengsel husarrest i kombinasjon med andre restriksjoner for å opprettholde kontrollen med hvor de til enhver tid befant seg. Tiltakene er omstridte, en del ser dem som et essensielt verktøy i forsøket på å beskytte samfunnet mot mulige terrorister, mens andre motsetter seg ideen om å foreta forebyggende handlinger mot personer som ikke er siktet for noe kriminelt og stiller spørsmål ved hvorvidt bruken av "control orders" skaper flere terrorister enn de klarer å isolere.⁹⁹

I saken *JJ and Others v. Secretary of State for the Home Department* tok House of Lords stilling til hvorvidt bruken av "control orders" de facto utgjorde frihetsberøvelse og dermed var i strid med EMK artikkel 5. Avgjørelsen ble avsagt 31. oktober 2007 og var en dissensavgjørelse 3-2.

5.2.4.1 House of Lords vurdering av hvorvidt "control orders" er i strid med EMK artikkel 5

JJ and others v. Secretary of State for the Home Department omfattet seks personer, hvorav den ene hadde forlatt landet og derfor ikke var underlagt "control orders" lenger. Personene

⁹⁶ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 4 (8)

⁹⁷ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 2 (4)-(7)

⁹⁸ The Prevention of Terrorism Act, avsnitt 9 (4)(a)

⁹⁹ *The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others*, premiss 86

var mistenkt for å være involvert i terrorrelaterte aktiviteter, og britisk etterretning anså at de utgjorde en trussel mot det britiske folk i og utenfor landets grenser. Ingen av dem hadde imidlertid blitt straffeforfulgt for forholdene.¹⁰⁰

Førstvoterende, Lord Bingham, gjenga den første ankeinnstansens oppsummering av virkningen av tiltakene som er pålagt de aktuelle personene.¹⁰¹ Personene var stort sett ilagt identiske tiltak. Alle var pålagt å oppholde seg i sin bolig med unntak av en periode på seks timer mellom klokken 10 og 16. Boligen var ett-romsleiligheter skaffet til veie av the National Asylum Support Service. I den perioden av døgnet hvor personene var pålagt å oppholde seg i leiligheten fikk de ikke bevege seg ut i leilighetskompleksets fellesarealer. Alle besøkende måtte godkjennes av the Home Office og på forhånd levere inn navn, adresse, fødselsdato og foto-id. Boligene kunne til enhver tid ransakes av politiet. I de seks timene personene kunne forlate leiligheten fikk de kun bevege seg i bestemte områder hvorav det største var på 72 km². Disse områdene var bevisst avgrenset slik at områder personene tidligere hadde bodd i ikke var omfattet. Alle områdene hadde en moské, et sykehus, helsestasjon, butikker, underholdnings- og sportstilbud. Personene hadde ikke lov til å avtale å møte andre enn dem som the Home Office hadde klarert som besøkende etter tidligere nevnte prosedyrer. I tillegg til dette måtte de kontrollerte personene bære et elektronisk sporingsinstrument og melde fra til et overvåkingsselskap hver gang de forlot leiligheten og hver gang de kom hjem. Det var forbudt for dem å bruke eller besitte kommunikasjonsutstyr utenom en telefonlinje i leiligheten.

Førstvoterende bemerket at frihetsberøvelse etter vanlig språklige forståelse av begrepet vil være oppfylt i de tilfeller hvor en person er fengslet. Denne forståelsen av begrepet la også EMD til grunn i avgjørelsen *Engel and others vs. Nederland*.¹⁰² EMDs forståelse av begrepet ble senere lagt til grunn i *Guzzardi vs. Italia*.¹⁰³ Lord Bingham bemerket videre at

¹⁰⁰ The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others, premiss 3

¹⁰¹ The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others, premiss 4

¹⁰² Engel and others vs. Nederland, premiss 58

¹⁰³ Guzzardi vs. Italia, premiss 92

EMD har trukket en grense mellom frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand og begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Selv om Storbritannia ikke har ratifisert sistnevnte kan den brukes i tolkingen av rekkevidden av artikkel 5.¹⁰⁴ Selv om det ifølge førstvoterende er EMDs forståelse av begrepet frihetsberøvelse som skal legges til grunn i vurderingen av hvorvidt kontrolltiltakene er i strid med EMK artikkel 5 påpeker Lord Bingham at praksis fra EMD kun er retningsgivende og ikke kan brukes som fasit i enkeltsaker. Etter hans mening er det ingen av de sakene som har vært oppe i EMD som er av lignende karakter som *JJ and Others v. Secretary of State for the Home Department*.

Etter Lord Bingham's mening var virkningen av 18 timers husarrest, i kombinasjon med begrenset mulighet til å motta besøk samt vedvarende mulighet til å bli utsatt for husransakelse, at personene det her var snakk om levde som fanger. Selv om det området de kunne ferdes i seks timer om dagen var vesentlig større enn det området Guzzardi kunne bevege seg i, var personene isolert fra familie, venner og sosiale bekjentskaper. Av den grunn måtte de på tross av områdets areal anses å være frihetsberøvet.

Ifølge Lord Brown of Eaton-under-Heywood var de påførte tiltakene mer begrensende enn i de italienske mafiasakene, men han fant ikke at de utgjorde streng husarrest.¹⁰⁵ Han kom likevel til, alle forhold tatt i betraktning, at 18 timers husarrest var i strid med retten til frihet i EMK artikkel 5. I hans votum uttalte han at 12-14 timers husarrest ikke ville utgjort frihetsberøvelse og at heller ikke 16 timers husarrest ville, etter hans mening, vært frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.¹⁰⁶ Han bemerket at ved 16 timers husarrest vil vedkommende få åtte timer i frihet hver dag og en slik ordning vil måtte anses å begrense hans bevegelsesfrihet, men ikke utgjøre frihetsberøvelse. Videre uttalte han at 16 timer må være den absolutte grense og at pålegg om permanent opphold i egen bolig utover 16 timer må være å anse som frihetsberøvelse.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others*, premiss 12

¹⁰⁵ *The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others*, premiss 99

¹⁰⁶ *The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others*, premiss 105

¹⁰⁷ *The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others*, premiss 105

Mens flertallet i JJ and others v. Secretary of State for the Home Department sa seg enige med tidligere instanser i at frihetsberøvelsen skulle vurderes etter de virkninger restriksjonene fikk for hver enkelt person i den konkrete situasjonen, var mindretallet av den oppfatning at tidligere instanser hadde anlagt feil utgangspunkt for vurderingen av hvorvidt frihetsberøvelse hadde funnet sted. Etter deres mening ville den eneste korrekte sammenligningen for å konstatere hvorvidt frihetsberøvelse hadde funnet sted være ved å sammenligne den foreliggende situasjonen med fullstendig frihetsberøvelse.

Lord Hoffmann la i sitt votum til grunn at frihetsberøvelse er fysisk innesperring av en person hvor vedkommende ikke har noen valgfrihet overhodet. En person som er frihetsberøvet kan følgelig ikke forlate det stedet han er pålagt å oppholde seg. I det fulle og hele er han underlagt andres vilje.¹⁰⁸ Lord Hoffmann var av den oppfatning at Guzzardi-avgjørelsen ikke gir noen konkrete holdepunkter for når frihetsberøvelse finner sted.¹⁰⁹ Etter hans mening utgjorde restriksjonene som var pålagt personene gjennom ”control orders” ikke frihetsberøvelse. Sammenlignet med gjennomsnittsborgeren fant Lord Hoffmann at personenes bevegelses- og kommunikasjonsfrihet var begrenset, men at forholdene likevel lå langt fra den frihetsberøvelsen som en fengsling ville innebære og tiltakene kunne dermed, etter hans mening, ikke sies å være i strid med EMK artikkel 5.¹¹⁰

Etter avgjørelsen fra House of Lords ble husarresten begrenset til 16 timer i døgnet. Britiske domstoler har ikke prøvd hvorvidt dette utgjør frihetsberøvelse. Selv om det i JJ and Others ble uttalt at 16 timers husarrest ville være akseptabelt er det ikke sikkert at EMD ville kommet til den samme konklusjon. I 5.2.4.2 vil 16 timers husarrest bli drøftet opp mot EMDs forståelse av frihetsberøvelse som fremlagt i kapittel 4.

¹⁰⁸ The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others, premiss 37

¹⁰⁹ The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others, premiss 40

¹¹⁰ The Secretary of State for the Home Department v. JJ and Others, premiss 45

5.2.4.2 Er 16 timers husarrest frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand?

Som vist i 5.2.4.1 kom House of Lords til at 18 timers husarrest i kombinasjon med andre kontrolltiltak utgjorde frihetsberøvelse og var i strid med EMK artikkel 5. Det var uttalelser i dommen som tydet på at 16 timers husarrest vil være akseptabelt og kun utgjøre en begrensning i bevegelsesfriheten. Dette har ikke senere vært behandlet av den britiske domstolen. Likevel har de britiske myndighetene rettet seg etter dette og legger nå husarrest på 16 timer.

Husarrest på 16 timer oppfyller ikke kriteriet for streng husarrest som er 24 timer.

Uttalelsene om at 16 timers husarrest kun vil være en begrensning i bevegelsesfriheten er således i overensstemmelse med EMDs avgjørelser i de sakene som omhandler restriksjoner som utgjør mild husarrest. I *Raimondo vs. Italia* og *Labita vs. Italia* ble husarrest på ti timer i døgnet i tillegg til andre kontrolltiltak kun ansett å utgjøre begrensning i bevegelsesfriheten. I *Trijonis vs. Litauen* ble tolv timers husarrest i ukedagene og 24 timers husarrest i helgene heller ikke ansett å være annet enn begrensning i bevegelsesfriheten. Selv om det i sistnevnte sak var snakk om 24 timers husarrest i helgen er fremdeles 16 timer husarrest hver dag slik tilfellet er for de som pålegges ”control orders” av betydelig lenger varighet enn i avgjørelsene fra EMD.

Som vist i kapittel 4 kan husarrest i under 24 timer også anses som frihetsberøvelse dersom restriksjonene kumulativt sett er av en slik grad og intensitet at vedkommende de facto er frihetsberøvet.¹¹¹ I *Guzzardi vs. Italia* var det omstendighetene rundt husarresten og de restriksjonene som kom i tillegg til husarresten som førte til at graden og intensiteten på tiltakene samlet utgjorde frihetsberøvelse. Husarresten som var pålagt Guzzardi var på ni timer i døgnet altså syv timer mindre enn de 16 som House of Lords antydert ville være akseptabelt.

¹¹¹ *Guzzardi vs. Italia*, premiss 92

Til forskjell fra Guzzardi kunne personene i JJ and Others vs Secretary of State for the Home Department bevege seg i et større område i de timene de kunne bevege seg ute. På den måten hadde de større frihet enn Guzzardi. De kunne oppsøke miljøer bestående av andre enn kriminelle og polititjenestemenn, noe Guzzardi hadde liten eller ingen mulighet til. Ettersom området de kunne bevege seg på var større og personene de kunne omgås var flere må det sies at forholdene for JJ and Others lignet mindre på soning i åpent fengsel enn for Guzzardi. Sistnevnte må på grunn av arealets størrelse og tilstedeværelsen av politivakter sies å ha vært under tilnærmet konstant overvåking. Den kontrollen som ble utøvet når personene beveget seg utenfor leiligheten kan likevel ikke sies å ha vært mye mindre enn i Guzzardis tilfelle ettersom personene i JJ and Others var pålagt å bære et elektronisk sporingsinstrument og således muligens i større grad enn Guzzardi var under kontinuerlig overvåking.

Etter min mening vil også 16 timers husarrest i kombinasjon med andre kontrolltiltak av slik karakter som i JJ and Others samlet være av en slik grad og intensitet at det ikke er snakk om mild husarrest selv om personene er pålagt mindre enn 24 timers husarrest. Det må antas at det er et spenn fra 24 timers husarrest som klart vil regnes som streng husarrest, og dermed frihetsberøvelse etter artikkel 5, og ned til mild husarrest som reguleres av artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Det vil være en gråsoner mellom de to kategoriene hvor husarrest under 24 timer i kombinasjon med andre restriksjoner vil kunne utgjøre frihetsberøvelse. Avgjørelsen i Guzzardi vs. Italia viser at EMD selv kommer til dette, og House of Lords viser også dette ved å anse husarrest under 24 timer som frihetsberøvelse.

Slik de britiske ”control orders” i dag fungerer er de etter min mening, dog ikke etter britisk retts oppfatning, helt i grenseland mot frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand om ikke over. Ordningen er omstridt, og 26. januar 2011 kom det melding fra the home secretary Theresa May at ordningen med ”control orders” skal erstattes av et ”less intrusive and more targeted regime of terrorism prevention and investigation measures”¹¹².

¹¹² Travis (2011)

5.3 Danmark

5.3.1 Innledning

Terrortrusselen mot Danmark ble i november 2010 vurdert å være alvorlig.¹¹³

Gjenoptrykkingen av karikaturtegningene i 2008, som blant annet fremstilte profeten Muhammed, ble av Center for Terroranalyse (CTA) ved Politiets Efterforskningstjeneste utpekt som en av hovedårsakene til at Danmark og danske interesser er et prioritert terrormål blant militante islamister. CTA anser terrortrusselen for å være spesielt stor overfor de aktører som har vært involvert i den nevnte karikaturstriden.¹¹⁴ En av de mest omstridte tegningene var signert Kurt Vestergaard, og senere trusler og planlagt attentat mot Vestergaard dannet i 2008/09 bakteppet for vedtakelsen av endringer i udlændingelovens regler om personer på ”tålt ophold”.

5.3.2 ”Tålt ophold”

5.3.2.1 Innledning

Som en del av den internasjonale kampen mot terror ble udlændingeloven endret i 2002. Dette var en oppfølging av FNs Sikkerhetsresolusjon nr. 1373 om bekjempelse av terrorisme. Lovendringen var en del av en samlet lovgivningspakke som var rettet mot forebygging og bekjempelse av terrorisme. Lovendringen innebar blant annet en utvidelse av adgangen til å utvise en utlending administrativt i de sakene hvor det måtte anses å foreligge en fare for statens sikkerhet, samt en innskjerping av returvernet i den forstand at forbudet mot utsendelse av terrorister ikke skulle strekke seg lenger enn Danmarks internasjonale forpliktelser. De personer som ikke kan sendes tilbake befinner seg etter lovendringen i 2002 på ”tålt ophold”. I 2009 ble virkningene av å være ilagt ”tålt ophold” endret gjennom den såkalte tuneserloven.

¹¹³ Center for Terroranalyse ved Politiets Efterforskningstjeneste (2010), s. 2

¹¹⁴ Center for Terroranalyse ved Politiets Efterforskningstjeneste (2010), s. 2

5.3.2.2 Hvem er omfattet av reglene?

Personer som befinner seg på ”tålt opphold” kan ikke sendes ut av Danmark fordi de er returvernet etter EMK artikkel 3 som følge av at de risikerer å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i mottaksstaten, jf.

udlændingeloven § 31,2. Det er to grupper av utlendinger som kan bli ilagt ”tålt opphold”:

Den første gruppen består av dem som ikke har krav på beskyttelse jf.

Flyktningekonvensjonens utelukkelsesgrunner. Dette gjelder personer som det er grunn til å anta at har begått krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten. Den andre gruppen er utlendinger som er utvist fra Danmark, og som av den grunn ikke får oppholdstillatelse eller hvor en allerede oppnådd oppholdstillatelse faller bort.¹¹⁵ For tiden oppholder 27 personer seg i Danmark på ”tålt opphold”.¹¹⁶

5.3.2.3 Følgene av å være ilagt ”tålt opphold” før lovendringen som fulgte av tuneserloven

Før lovendringen i 2009 kunne Udlændingesservice pålegge de aktuelle personene oppholdsplikt i Center Sandholm, et mottaks- og utreisesenter som ligger nær Blovstrød på Nordsjælland, og ukentlig meldeplikt til politiet. Etter dagjeldende udlændingeloven § 34, stk 3 var det politiet som traff avgjørelsen om hvorvidt meldeplikt skulle ilegges eller ikke. De som ikke ble pålagt å oppholde seg på Center Sandholm skulle ilegges meldeplikt hver 14. dag. Etter en konkret vurdering kunne meldeplikten pålegges oftere enn hver 14. dag.¹¹⁷ Dette for å sikre at politiet hadde kjennskap til utlendingens oppholdssted.

Overtredelse av meldeplikten kunne straffes med bøter eller under særlig skjerpende omstendigheter med fengsel i inntil seks måneder jf. dagjeldende udlændingeloven § 60, stk 1.

Etter dagjeldende udlændingeloven § 42 a, stk 8 skulle Udlændingesservice bestemme:

¹¹⁵ Udlændingesservice (2009)

¹¹⁶ Haslund (2011)

¹¹⁷ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

”medmindre særlige grunner taler derimod, at en udlænding, der er meddelt afslag på en ansøgning om opholdstilladelse efter § 7 eller § 8, stk. 1 eller 2, men som ikke kan udsendes af landet, jf. § 31 ... skal tage ophold på et bestemt indkvarteringssted for de i stk. 1 og 2 nævnte udlændinge.”¹¹⁸

Av forarbeidene til bestemmelsen, L 152, fremgikk det at det med ”bestemt oppholdssted” menes Center Sandholm som er innhegnet.¹¹⁹ Dersom særlige grunner taler for det kunne Udlændingesservice unnlåte å fatte beslutning om opphold ved Center Sandholm. Kontrollen med hvorvidt en utlending rent faktisk overholdt den pålagte oppholdsplikten skjedde ved å sjekke om vedkommende hentet posten sin, eventuelt sine økonomiske ytelser og ellers deltok i aktiviteter på senteret.¹²⁰

Dersom det forelå gode grunner, som familiesituasjoner eller behov for medisinsk behandling, kunne Udlændingesservice unnlåte å beslutte opphold ved senteret.

Et brudd på oppholdsplikten kunne straffes med bøter eller under skjerpende omstendigheter med fengsel i inntil fire måneder jf. dagjeldende udlændingeloven § 60, stk. 1.

5.3.2.4 Følgene av å være ilagt ”tålt opphold” etter lovendringen som fulgte av tuneserloven

I regjeringens bemerkninger til lov nr. 1397 av 27. desember 2008, begrunnes endringene med et behov for en markant oppstramning av kontrollforanstaltningene overfor de utlendingene som er administrativt utvist, men som uønsket oppholder seg i landet fordi de

¹¹⁸ Udlændingeloven § 42, stk 8

¹¹⁹ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²⁰ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

ikke reiser ut frivillig og ikke kan tvangsreturneres av hensyn til Danmarks internasjonale forpliktelser.¹²¹

Etter lovendringen ble reglene om meldeplikt skjerpet, kontrollen med overholdelse av påbudet om å oppholde seg på et bestemt innkvarteringssted ble styrket og strafferammen for overtredelse av meldeplikt eller oppholdsplikt ble hevet. Alle utlendinger på ”tålt opphold” omfattes av endringene selv om endringene i utgangspunktet ble til i et forsøk på å kontrollere de personene som var å anse som en trussel mot den nasjonale sikkerheten.

Regjeringen gav i sine bemerkninger til lovforslaget uttrykk for at meldeplikt ukentlig eller hver 14. dag, som var tilfellet før lovendringen, ikke var tilstrekkelig for å kunne sikre at politiet hadde kjennskap til utlendingens oppholdssted. Etter deres mening tilsa hensynet til den nasjonale sikkerhet og den offentlige orden at utlendinger på ”tålt opphold” ble underlagt en skjerpet meldeplikt.¹²² I bemerkningene uttaler Regjeringen:

”Regjeringen foreslår på den baggrund, at udlændinge på tålt ophold i videst muligt omfang skal pålægges personligt at melde sig til politiet dagligt efter politiets nærmere bestemmelse.”¹²³

Udlændingeloven § 34 stk. 3 ble endret fra ”Politiet kan bestemme” til ”Politiet bestemmer”. Meldeplikt gikk fra å være et kontrolltiltak som kunne anvendes etter politiets nærmere vurdering, til å være et kontrolltiltak som skulle anvendes uansett. Videre ble meldeplikten ved lovendringen skjerpet fra ukentlige eller hver 14. dag til ”i videst muligt omfang”. Det går frem av bemerkningene at:

”Det forudsættes, at politiet som udgangspunkt pålægger de udlændinge på tålt ophold som er pålagt at tage ophold i Center Sandholm, jf. udlændingelovens § 42

¹²¹ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²² Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²³ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

s, stk. 8, daglig meldeplikt hos politiet i centret. Udlændingen skal give personligt møde hos politiet.”¹²⁴

Meldeplikt i ”videst muligt omfang” må dermed anses å være daglig. Politiet vil kunne unnlåte å pålegge vedkommende daglig meldeplikt dersom det vil være uproporsjonalt i forhold til Danmarks internasjonale forpliktelser. I de tilfellene kan meldeplikten ilegges med lenger mellomrom.¹²⁵

Etter lovendringen skulle en utlending på ”tålt opphold” som utgangspunkt pålegges å ta opphold i Center Sandholm. Etter regjeringens mening tilsier hensynet til den nasjonale sikkerhet og offentlige orden at det holdes løpende kontroll med at påbudet om å oppholde seg i senteret faktisk overholdes. Kontrolltiltakene som inntil lovendringen hadde vært i kraft ble ikke ansett å være gode nok.

”Det er etter regjeringens oppfattelse ikke tilstrækkelig, at det alene konstateres i forbindelse med deltagelse i aktiviteter mv., om en udlending overholder et påbud om at tage ophold. At blive pålagt at tage ophold i Center Sandholm indebærer, at udlændingen skal bo på centret og som udgangspunkt skal overnatte i centret.”¹²⁶

En person som er ilagt ”tålt opphold” skal således overnatte ved Center Sandholm. Allerede før lovendringen var det forutsatt at Udlændingesservice kun kunne unnlåte å beslutte opphold i Center Sandholm hvis det var ”helt ubetænkelig”, og at det derfor kun ”rent undtagelsesvis” kunne komme på tale at en en utlending på ”tålt opphold” ikke ble pålagt å oppholde seg ved senteret.¹²⁷ Kontrollen med hvorvidt dette ble overholdt var i praksis ikke ansett, av regjeringen, å være god nok da det ble kjent at flere ikke oppholdt seg ved

¹²⁴ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²⁵ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²⁶ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²⁷ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

senteret selv om de var ilagt oppholdsplikt. Det påpekes i regjeringens bemerkninger til lovforslaget at:

”En udlænding, som er pålagt at tage ophold i Center Sandholm, må således alene overnatte uden for centret, hvis der er en særlig begrundelse herfor, for eksempel at udlændingen er blevet indlagt på hospital, eller grundet alvorlig sygdom i udlændingens nærmeste familie eller lignende.”¹²⁸

I tillegg til skjerpelse av meldeplikten og skjerpet kontroll med overholdelse av pålagt opphold ved Center Sandholm ble strafferammen for brudd på melde- og oppholdsplikt skjerpet fra inntil fire måneders fengsel til inntil ett års fengsel jf. ny § 60 stk. 1.

5.3.3 Forholdet til EMK

5.3.3.1 Slik Danmark selv vurderer det

I regjeringens bemerkninger til tuneserloven foreligger det uttalelser om lovendringenes forhold til Danmarks internasjonale forpliktelser. I disse blir melde- og oppholdsplikten vurdert som begrensninger i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

Hvorvidt inngrepene kan være i konflikt med frihetsberøvelsesbegrepet i EMK artikkel 5 blir ikke vurdert. Imidlertid innhentet integrasjonsministeren¹²⁹, etter forespørsel fra opinionen, et notat fra Justisdepartementet som belyste hvorvidt melde- og oppholdsplikten i lovforslaget ville være en frihetsberøvelse som stred mot den danske grunnloven og internasjonale konvensjoner.¹³⁰

Justisdepartementet opplyste om at det i vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand skal tas utgangspunkt i sakens konkrete omstendigheter, og at en rekke

¹²⁸ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

¹²⁹ Daværende integrasjonsminister var Birthe Rønn Hornbech

¹³⁰ Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration (2008)

kriterier som type, varighet, virkning og måten foranstaltningene gjennomføres på skal tas i betraktning. Disse kriteriene er hentet fra dommen *Guzzardi vs. Italia* som er nærmere gjennomgått i kapittel 4.2.2.2. Justisdepartementet bemerket at særlig overvåkning og krav om tvungen bopæl i et bestemt område i *Guzzardi*-saken ikke i seg selv ble funnet å utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.¹³¹ Videre bemerket de at EMD ikke kunne utelukke at tiltakene vil kunne utgjøre frihetsberøvelse. Justisdepartementet foretok ingen dyptgående drøfting av hvorvidt tiltakene med melde- og oppholdsplikt i Danmarks tilfelle vil utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand, men fastslo i stedet at tiltakene utgjorde en begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4.

Justisdepartementet bemerket at lovforslaget ikke innebar at personer på ”tålt opphold” skulle oppholde seg på Center Sandholm eller i nærheten av senteret hele tiden. Det ble påpekt at meldeplikten skulle pålegges på en slik måte at den det gjelder reelt sett hadde mulighet til å ferdes utenfor senteret. Lovendringen ville etter Justisdepartementets oppfatning ikke være til hinder for at de personene som ble omfattet av loven kunne opprettholde kontakten med samfunnet, og på den bakgrunnen fant de at det ikke ville være tale om inngrep av en slik intensitet eller grad at tiltakene ville utgjøre frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand.

Den 7. januar 2011 avsa Østre Landsret¹³² en dom hvor det ble vurdert hvorvidt plikt til å overnatte i Center Sandholm og plikt til å melde seg til politet tre ganger i uken utgjorde frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Saken omhandlet Elias Karkavandi som kom til Danmark i 1993. I 2006 ble han idømt fengsel i ett år og seks måneder samt utvist fra landet med innreiseforbud i ti år for overtredelse av straffeloven § 191 om narkotikakriminalitet. Han ble løslatt etter å ha sonet straffen. Flyktningenævnet slo i en avgjørelse fra 3. april 2008 fast at Elias Karakavandi risikerte å bli utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3 dersom han ble utsendt til Iran og at han dermed var returvernet

¹³¹ *Guzzardi vs Italia*, premiss 94

¹³² Tilsvarer norsk lagmannsrett.

jf. udlændingeloven § 31 stk. 1.¹³³ Karakavandi ble ilagt boplikt ved Center Sandholm og må overnatte ved senteret i tillegg til å måtte melde seg for politiet tre ganger i uken.

Østre Landsret fastslo i sin avgjørelse at tiltakene ikke var å anse som frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.¹³⁴ Retten la i avgjørelsen vekt på at boplikten kun gjaldt om natten og at Karakavandi ellers kunne bevege seg fritt rundt. Meldeplikten ble ikke ansett å utgjøre en frihetsberøvelse. Retten anså tiltakene for å utgjøre en begrensning i bevegelsesfriheten etter artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4, men ikke frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Dette er den første dommen som vurderer konsekvensene av lovendringen fra 2009. Saken er anket.

5.3.3.2 En nærmere vurdering av den danske ordningen

Det har vært rettet sterk kritikk både mot lovgivningsprosessen som ligger bak lovforslaget som førte til endringen i udlændingeloven, og mot endringslovens innhold. Kritikken som har vært rettet mot lovforslagets innhold, har i grove trekk omhandlet forholdet til Danmarks internasjonale forpliktelser og da spesielt hvorvidt disse inngrepene kan sies å være i konflikt med forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i EMK artikkel 5 og retten til bevegelsesfrihet i tilleggsprotokoll 4 artikkel 2.

Spørsmålet er om tiltakene slik de fremgår i bemerkningene til lovforslaget, de facto kan utgjøre frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand. Utlendinger på ”tålt opphold” må oppholde seg på et begrenset område (Center Sandholm) hver natt, og må melde seg til politiet ved senteret, noe som gjør at vedkommende i realiteten blir værende der for å få gjennomført meldeplikten.

Ved første øyekast tyder mye på at tiltakene slik de fremstår etter lovendringen i 2009 oppfyller kriteriene for frihetsberøvelse. Individets normale bevegelsesfrihet er

¹³³ Østre Landsrets dom af 7. januar 2011, s. 2-3

¹³⁴ Østre Landsrets dom af 7. januar 2011, s. 23

innskrenket. Loven innebærer et påbud om opphold på et avgrenset område hvor det er politi tilstede i dagtimene og hvor det er daglig meldeplikt. Personer som ikke overholder meldeplikten vil bli etterlyst og brudd på oppholds- og meldeplikt kan straffes med fengsel i inntil ett år.¹³⁵

I utgangspunktet er det, som forklart i kapittel 4, kun streng husarrest som vil utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Altså de situasjoner hvor vedkommende må oppholde seg på et bestemt sted 24 timer i døgnet. I Guzzardi vs. Italia hadde Guzzardi mulighet til å bevege seg fritt omkring innen et område på 2,5 km² mellom syv om morgenen og ti om kvelden. Når EMD likevel kom til at tiltakene utgjorde en frihetsberøvelse var det fordi de samlet sett var å sammenligne med soning i et åpent fengsel.

Utlendinger på ”tålt opphold” pålegges å overnatte ved Center Sandholm, men står ellers fritt til å oppholde seg andre steder. De pålegges også meldeplikt ved senteret. Selv om de i utgangspunktet kan bevege seg fritt omkring på dagtid vil mulighetene begrense seg ved at de aldri kan dra lenger enn at de rekker tilbake til senteret innen portforbudet. De dagene de er pålagt meldeplikt ved senteret vil muligheten bli ytterligere begrenset. Likevel vil graden og intensiteten av restriksjonene som ble pålagt Guzzardi måtte sies å være høyere enn for de restriksjonene som pålegges utlendinger på ”tålt opphold”. Området de kan ferdes i er betraktelig større og det legges ikke begrensninger på hvem de kan omgås.

Tiltakene som pålegges utlendinger på ”tålt opphold” vil likevel utgjøre en form for mild husarrest ettersom de pålegges å tilbringe et visst antall timer av døgnet på et bestemt sted. (Merk: det går ikke frem av loven eller forarbeidene hvor mange timer det skal være snakk om.) I sakene Raimondo vs. Italia, Labita vs. Italia og Trijonis vs. Litauen var personene pålagt å oppholde seg i egen bolig om kvelden og natten. Ettersom personene i disse sakene fikk oppholde seg i sitt eget hjem kan det sies at restriksjonene var mindre inngripende enn

¹³⁵ Professor Henning Koch pekte på disse tingene i høringsrunden før lovforslaget ble vedtatt.

restriksjonene som påføres utlendinger på ”tålt opphold” som må overnatte på Center Sandholm. I motsetning til personer på ”tålt opphold” var Raimondo også ilagt plikt til å gi beskjed til politiet hver gang han forlot hjemmet, og Labita var ilagt begrensninger med hensyn på hvem han kunne omgås og hvilke steder han fikk oppholde seg. Sett under ett fremstår dermed ikke tiltakene som mer inngripende enn i Raimondo og Labita-sakene. Selv om tiltakene vil begrense de aktuelle personenes bevegelsesmuligheter vil graden og intensiteten mest sannsynlig ikke kunne sies å overstige de tilfellene som av EMD har blitt funnet å utgjøre mild husarrest. Tiltakene som pålegges personer på ”tålt opphold” utgjør dermed ikke en frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

5.3.4 Kort oppsummert

De danske kontrolltiltakene er ikke like inngripende som de britiske ”control orders”. Personene som oppholder seg i Danmark på ”tålt opphold” kan fritt forflytte seg utenfor Center Sandholm på dagtid. Dette til forskjell fra britiske personer underlagt ”control orders” som kun kan bevege seg i et nærmere avgrenset område. Graden og intensiteten av de tiltakene som pålegges personer på ”tålt opphold” er ikke så inngripende at tiltakene utgjør frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Imidlertid er det viktig å være klar over at kontrolltiltakene som ilegges personer på ”tålt opphold” er omdiskuterte og at det er knyttet stor spenning til hvorvidt Højesteret vil opprettholde resultatet i dommen fra Østre Landsret.¹³⁶

¹³⁶ Henriksen (2011)

5.4 Norge

5.4.1 Innledning

Norge har, til forskjell fra Storbritannia og Danmark, vært forskånet fra terroraksjoner, og PST anslår i sin veiledning i sikkerhets- og beredskapstiltak mot terrorhandlinger fra 2010 at sikkerhetstrusselen mot Norge er lav.¹³⁷ Norge har ikke gått like langt som Storbritannia og Danmark når det gjelder å kontrollere utlendinger som er returvernet og som oppfattes som en trussel mot nasjonale interesser. Det er verken innført ”control orders” eller ”tålt opphold” i norsk rett. Imidlertid har det blitt innført tiltak overfor personer som utgjør en trussel mot den nasjonale sikkerheten, men er returvernet. Dette ble gjort som en følge av debatten som fulgte da det ble kjent at mulla Krekar var vernet mot retur til Irak.¹³⁸ I *Prop. 11 L (2009-2010) Endringer i utlendingslovgivningen (beslag, meldeplikt og bestemt oppholdssted)* ble det åpnet for å pålegge utlendinger som var å anse som en trussel mot nasjonale interesser, meldeplikt og bestemt oppholdssted. Endringene ble vedtatt og går frem av utlendingsloven § 105. Videre vil gjeldende rett bli gjennomgått i avsnitt 5.4.2. Tiltakenes forhold til EMK vil bli vurdert i avsnitt 5.4.3. I juli 2010 ble forslag om endring i utlendingsloven sendt på høring fra Justisdepartementet. Enkelte deler av dette forslaget vil bli behandlet i avsnitt 5.4.4.

5.4.2 Gjeldende rett

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (ml) av 1999 jf. ml § 3 og norsk rett forutsettes å være i samsvar med forpliktelsene i EMK. Kontrolltiltakene rettet mot personer som anses å være en trussel mot nasjonal sikkerhet er hjemlet i utlendingsloven av 2010. Etter § 73 annet ledd kan en utlending ikke sendes til et område der vedkommende står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff jf. § 28 første ledd bokstav b.

Det fremgår av utlendingsloven § 105 første ledd at:

¹³⁷ Nasjonal sikkerhetsmyndighet, Politidirektoratet og Politiets sikkerhetstjeneste (2010), s. 9

¹³⁸ Krekar ble av HR funnet å være en trussel mot den nasjonale sikkerheten i Rt. 2007 s. 1573.

En utlending kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted når

”c) det eneste grunnlag for opphold i riket er vernet mot utsendelse etter § 73,
d) utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser
og av andre grunner enn nevnt i bokstav c ikke har innrettet seg etter vedtaket om at
vedkommende må forlate riket, eller dersom tvangsretur for øvrig ikke lar seg
gjennomføre.”¹³⁹

En utlending som er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser¹⁴⁰
kan således pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted. Tiltakene kan ilegges hver for
seg eller i kombinasjon.¹⁴¹ I utlendingsforskriften § 18-12 er det nærmere bestemt hva som
kan ligge i et påbud om bestemt oppholdssted:

”Pålegg om bestemt oppholdssted kan blant annet gå ut på at utlendingen skal bo på
en bestemt adresse, herunder på et mottak eller lignende, eller i en bestemt
kommune, politidistrikt eller annet naturlig avgrenset sted. Pålegget kan også gå ut
på at utlendingen pålegges å oppholde seg i en bestemt kommune, politidistrikt eller
annet naturlig avgrenset område. Det angitte oppholdsstedet skal ikke begrense
bevegelesfriheten mer enn det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som
begrunner pålegget.”¹⁴²

5.4.3 Forholdet til EMK

Hensikten med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted er å få en viss kontroll
med den personen pålegget gjelder – blant annet for å hindre at den risikoen vedkommende

¹³⁹ Utlendingsloven § 105 første ledd

¹⁴⁰ Av Ot.prp. nr. 105 (2008-2009), punkt 5 fremgår det at det er departementet som avgjør hvorvidt en
utlending utgjør en trussel mot rikets sikkerhet/grunnleggende nasjonale interesser. Departementet får
opplysninger om utlendinger som kan være en fare fra Politiets sikkerhetstjeneste samt informasjon i
utlendingssaken fra Utlendingsdirektoratet.

¹⁴¹ Utlendingsforskriften § 18-12

¹⁴² Utlendingsforskriften § 18-12

kan representere, materialiserer seg.¹⁴³ I forarbeidene bemerkes det at påleggelse av bestemt oppholdssted og meldeplikt ikke må utgjøre ulovlig frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.¹⁴⁴ Tiltakene er ikke vurdert å være så inngripende at de utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

Av lovteksten i utlendingsloven § 105 går det ikke klart frem hva pålegg om bestemt oppholdssted innebærer. Bestemmelsen inneholder ingen definisjon av begrepet. Imidlertid går det av utlendingsforskriften § 18-12 frem, som nevnt i avsnitt 5.4.2, at pålegg om bestemt oppholdssted kan innebære at utlendingen skal bo på en bestemt adresse, herunder mottak eller lignende, eller i en bestemt kommune, politidistrikt eller annet naturlig avgrenset sted. Pålegget kan også innebære et pålegg om å oppholde seg i en bestemt kommune, politidistrikt eller annet naturlig avgrenset område. Selv om utlendingen vil være pålagt å bo på et mottak eller lignende kan ikke tiltaket sies å utgjøre et påbud om husarrest. Det er snarere snakk om et pålegg om å ha et fast tilholdssted. At lovgiver har ønsket å skille tiltakene skarpt fra frihetsberøvende tiltak bekreftes av Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) hvor det klart gis uttrykk for at pålegg om bestemt oppholdssted ikke er en hjemmel for internering, men kun gir adgang til for eksempel å pålegge utlendingen et bestemt bosted.¹⁴⁵

EMD har, som vist i kapittel 4 over, hatt saker til behandling hvor man har kommet til at pålegg om bestemt oppholdssted har hatt et slikt innhold at det de facto er snakk om frihetsberøvelse. I *Guzzardi vs Italia* ble tiltakene kumulativt funnet å være av så inngripende karakter at det ble ansett å være frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Det vil ikke være tilfelle etter utlendingsloven § 105 ettersom det eneste tiltaket som kan pålegges ved siden av bestemt oppholdssted er meldeplikt. Meldeplikten vil øke muligheten til å kunne føre kontroll med hvor utlendingen befinner seg, men de to tiltakene i kombinasjon

¹⁴³ Ot.prp.nr 105 (2008-2009), punkt 5

¹⁴⁴ Ot.prp.nr 105 (2008-2009), punkt 5

¹⁴⁵ Ot.prp.nr 75 (2006-2007), punkt 5.9.3

kan ikke sies å være av slik intensitet og grad at de er like inngripende som tiltakene i Guzzardis tilfelle.

Tiltakene som kan pålegges i henhold til utlendingsloven § 105 befinner seg etter min mening i skjæringspunktet mellom mild husarrest og pålegg om geografisk avgrenset oppholdssted. Tiltakene vil uansett være å regne som begrensninger i bevegelsesfriheten og ikke frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand.

5.4.4 Ytterligere skjerpelser? Lovforslag om Endring av Utlendingsloven om adgang til frihetsberøvelse mv.

6. oktober 2010 sendte Justisdepartementet forslag om *Endringer i Utlendingsloven om adgang til frihetsberøvelse mv.* ut på høring. Høringsbrevet inneholdt blant annet forslag om ny hjemmel for frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser og som er i en utsendelsesprosess.

Forslaget bygger i stor grad på den politiske plattformen til regjeringen fra 2009: Soria Moria II. Regjeringen varslet her at den i større grad ville benytte adgangen til å frihetsberøve utlendinger som er i en utsendelsesprosess der det foreligger unndragelsesfare eller uavklart identitet, og vil åpne for at det også kan benyttes frihetsberøvelse ved rettens kjennelse i utsendelsesprosessen overfor personer som begår kriminelle handlinger og personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.¹⁴⁶

Utlendinger som utgjør en sikkerhetsrisiko eller anses som en fare for samfunnet vil etter omstendighetene kunne frihetsberøves etter hjemler i straffeloven, straffeprosessloven og psykisk helsevernloven. Utover disse bestemmelsene finnes det ingen særskilt regel om frihetsberøvelse av personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

¹⁴⁶ Arbeiderpartiet, Sosialistisk venstreparti, Senterpartiet (2009), s. 71

I de sakene hvor det i et vedtak fra UDI eller UNE eller i en instruks fra departementet fastslås at utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, vil sikkerhetshensyn som oftest tilsi at vedkommende så raskt som mulig bør uttransporteres og ikke ha mulighet til å bevege seg fritt i samfunnet.¹⁴⁷ Hvis vedkommende kan knyttes til for eksempel internasjonal terrorisme, vil også et bredere hensyn til internasjonalt samarbeid om terrorbekjempelse og andre Schengenlands sikkerhet, være argumenter som taler for en kombinasjon av frihetsberøvelse og rask uttransportering. Det vises i denne sammenheng også til det som fremgår i Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) om at begrepet ”grunnleggende nasjonal interesse” vil omfatte både norske og utenlandske interesser i Norge, samt trusler rettet mot norske interesser i utlandet og hensynet til Norges alliansepartnere.¹⁴⁸

Det bemerkes i lovforslaget at det i utgangspunktet ikke er anledning til å frihetsberøve en utlending som kan påberope seg et returvern etter EMK artikkel 3 fordi det ikke er aktuelt å treffe tiltak med sikte på utsendelse.¹⁴⁹ Dersom det skal være adgang til frihetsberøvelse i tilfeller hvor det for tiden foreligger et utsendelsesvern, er det grunn til å tro at EMD vil stille som vilkår at myndighetene er i stand til å vise at det er realistisk at returhinderet vil bortfalle innen et nærmere angitt tidsrom.

Lovforslaget åpner for at frihetsberøvelse kan finne sted dersom det foreligger en utsendelsesprosess.

”Dersom returvernet for eksempel skyldes en fare for dødsstraff eller en annen straffereaksjon som vil komme i strid med vernet mot umenneskelig behandling mv i EMK artikkel 3, har Menneskerettighetsdomstolen i noen tilfeller godtatt

¹⁴⁷ Det kongelige justis- og politidepartementet (2010), s. 23

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007), punkt 18.4

¹⁴⁹ Det kongelige justis- og politidepartementet (2010), s. 9-10

frihetsberøvelse mens staten arbeider med å innhente forpliktende garantier mot dødsstraff mv. fra hjemlandet.”¹⁵⁰

Det åpnes for at denne utsendelsesprosessen kan bestå i et pågående arbeid:

”med å etablere folkerettslig forpliktende tilsagn fra utlendingens hjemland som innebærer at det ikke lenger vil være en reell fare for dødsstraff eller umenneskelige straffereaksjoner mv”.¹⁵¹

Med andre ord er det her snakk om å frihetsberøve de personene som er funnet å utgjøre en trussel mot den nasjonale sikkerheten mens det arbeides med å få på plass diplomatiske forsikringer slik at EMK artikkel 3 ikke lenger er til hinder for retur.

Denne avhandlingens omfang tillater, som nevnt i kapittel 3.2, ikke en lengre utredning om diplomatiske forsikringer, men som omtalt tidligere er det svært omstridt hvorvidt diplomatiske forsikringer er tilstrekkelig til at en utsendelse av en returvernet person kan finne sted uten at forholdet strider mot EMK artikkel 3.

Hvorvidt denne måten å løse problemet med returvernede personer som anses å utgjøre en trussel mot nasjonal sikkerhet på i praksis vil fungere fremstår derfor som svært tvilsom. Uansett markerer lovforslaget etter min mening et ønske om å kunne ta i bruk kraftigere skyts mot de personene som anses å utgjøre en trussel mot den nasjonale sikkerheten.

5.4.5 Kort oppsummert

Norge har ikke gått like langt som Storbritannia og Danmark i forsøket på å kontrollere personer som anses å være en trussel mot den nasjonale sikkerheten. Pålegg om oppholdssted og meldeplikt utgjør ikke frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Lovforslaget

¹⁵⁰ Det kongelige justis- og politidepartementet (2010), s. 25

¹⁵¹ Det kongelige justis- og politidepartementet (2010), s. 8

til endringer i utlendingsloven signaliserer dog at det er ønskelig å iverksette strengere tiltak for å kontrollere personer som er å anse som en trussel mot den nasjonale sikkerheten. At utvisning etter diplomatiske forsikringer vurderes som et tiltak bekrefter dette.

6 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har vist at tiltak utover fengsel i den tradisjonelle forstanden kan utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Husarrest 24 timer i døgnet har blitt funnet å tilsvare frihetsberøvelse. Det samme har husarrest i mindre enn 24 timer, men hvor tiltakene var av en slik grad og intensitet at de kumulativt utgjorde en frihetsberøvelse. Avhandlingen har sett på hvorvidt kontrolltiltakene som i de seneste årene er innført/foreslått innført i Storbritannia, Danmark og Norge er så inngripende at de utgjør frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Som vist har Storbritannia innført de mest inngripende tiltakene. De beveger seg helt på grensen, om ikke over, for de tiltak som kan iverksettes uten å være frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Danmark har ikke gått like langt som Storbritannia, men også her er tiltakene av en slik karakter at det kan bli tale om frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. I Norge er det ikke innført tiltak av samme grad og intensitet som i de to andre landene. De foreslåtte endringene i utlendingsloven ser ikke ut til å føre med seg tiltak som vil utgjøre frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Imidlertid viser vurderingen av hvorvidt diplomatiske forsikringer kan benyttes til utvisning av returvernede personer at til dels drastiske tiltak vurderes også i Norge.

Innføringen av kontrolltiltak er et forsøk på å sikre egen befolkning og i det større bildet demokratiske verdier som for eksempel ytringsfrihet. Paradoksalt nok kan innføringen av kontrolltiltak føre til at statene står i fare for å forringe de verdiene de i utgangspunktet forsøker å beskytte. I så tilfelle er kampen mot terrorismen en tapt kamp.

Litteraturliste

Bøker

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, Universitetsforlaget, 2003

Møse, Erik *Menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2002

Lovgivning

Norske lover

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

Norske forskrifter

2009 Utlendingsforskriften (Utf) av 15. oktober 2009

Danske lover

Udlændingeloven Lovbekendtgørelse nr 1061 af 18. august 2010 gældende.
Udlændingeloven [Danmark]

Britiske lover

2001 The Anti-terrorism, Crime and Security Act (ATCSA) 2001 (Bill 49)

2005 The Prevention of Terrorism Act (PTA) 2005

Traktater og konvensjoner

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

FN-resolusjoner

S/RES/1373(2001) UN Security Council Resolution av 28. september 2001

Dommer

Norske dommer

Rt 2007 1573

Danske dommer

Østre Landsrets dom av 7. januar 2011 (upublisert) 1. Afd. Nr. B-3490-09

Britiske dommer

A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Thursday 16 December 2004 (House of Lords 2004 UKHL 56)

Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. JJ and others (FC) (Respondents), Wednesday 31 October 2007 (House of Lords 2007 UKHL 45)

Internasjonale dommer

Ben Khemais vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. februar 2009.

Chahal vs. Storbritannia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. november 1996.

Cruz Varas mfl. vs. Sverige The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. mars 1991.

D vs. Storbritannia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. mai 1997.

Engel and others vs. Nederland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. juni 1976.

Freimanis & Lidums vs. Latvia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9. februar 2006.

Guzzardi vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. november 1980.

Labita vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. april 2000.

Lavents vs. Latvia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. november 2002.

Lawless vs. Irland (No. 3) The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juli 1961.

Mancini vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 2001.
Mikolenko vs. Estland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. oktober 2009.
Nikolova vs. Bulgaria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. september 2004.
Pekov vs. Bulgaria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. mars 2006.
Raimondo vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. februar 1994.
Saadi vs. Italia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. februar 2008.
Soering vs. Storbritannia The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 1989.
Trijonis vs. Litauen The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. mars 2005.

Forarbeider

Norske forarbeider

Odelstingsproposisjoner

Ot. prp. nr 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot. prp. nr 105 (2008-2009) Om lov om endringer i utlendingslovgivningen (beslag, meldeplikt og bestemt oppholdssted)

Nettdokumenter

Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet, *Politisk plattform for flertallsregjeringen 2009-2013*. Oslo 2009.

http://www.regjeringen.no/upload/SMK/Vedlegg/2009/Ny_politisk_plattform_2009-2013.pdf [Sitert 7. april 2011]

Center for Terroranalyse, *Vurdering af Terrortruslen mod Danmark*. København 2010.

http://www.pet.dk/upload/vtd_-_ukl-23_november_2010-final.pdf [Sitert 7. april 2011]

Chirinos, Alexandra. *Finding the balance between liberty and security: The Lords' decision on Britain's anti-terrorism act*. I: Harvard Human Rights Journal Vol. 18. 2005, s. 265-276 [Sitert fra HeinOnline]

Det kongelige justis- og politidepartementet. *Høringsforslag – endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv*. Oslo 2010.

http://www.regjeringen.no/pages/13504697/Frihetsberovelse_mv.pdf [Sitert 17. april 2011]

Greve, Hanne Sophie. *Uttredning om diplomatiske avtaler/forsikringer*. Bergen 2008.

<http://www.regjeringen.no> [Sitert 7. april 2011]

Haslund, Elisabeth Arnsdorf. *Udlændinge på tålt ophold ignorerer meldepligt*. København 2011. <http://www.b.dk/nationalt/udlaendinge-paa-taalt-ophold-ignorerer-meldepligt> [Sitert 16. april 2011]

Henriksen, Anders. *Landsretten svigter igjen i en sag om tålt ophold*. København 2011.

<http://jura.ku.dk/cecs/debat/ls110111/> [Sitert 16. april 2011]

McGoldrick, Dominic. *Security detention-United Kingdom practice*. I: 40 Case W. Res. J. Int'l L. 507 2007-2009, s. 507-530 [Sitert fra HeinOnline]

Mchangama, Jacob. *Tålt ophold: (u)berettiget frihedsberøvelse eller indgreb i bevægelsesfriheden?* U.2009B.23 I: Ufr Online [Sitert fra dansk karnov]

Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration, *L 69 Forslag til lov om ændring af udlændingeloven. (Skærpet meldepligt for udlændinge på tålt ophold, styrket kontrol med overholdelse af påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted samt forhøjelse af strafferammen for overtrædelse af en pålagt meldepligt eller et påbud om at tage ophold på et bestemt indkvarteringssted)*. København 2008.

<http://www.ft.dk/samling/20081/lovforslag/L69/index.htm#dok> [Sitert: 16. april 2011]

Nasjonal sikkerhetsmyndighet, Politidirektoratet og Politiets sikkerhetstjeneste, *En veiledning Sikkerhets- og beredskapstiltak mot terrorhandlinger*. Oslo 2010.

http://www.pst.politiet.no/Filer/utgivelser/Utgivelser/terror_sikkerhetsveileder.pdf [Sisert 7. april 2011]

Travis, Alan. *Two new control orders imposed in past three months, Theresa May announces*. London 2011

<http://www.guardian.co.uk/law/2011/mar/17/two-new-control-orders-theresa-may>
[Sisert 24. Mars 2011]

Udlændingesservice, *Nyhedsbrev til kommunerne og KL December 2009*. København 2009.

<http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/C0FFA0BC-EA6A-457A-8C31-A8DEF4FA1B72/0/NyhedsbrevtilkommunerneDECEMBER2009.pdf> [Sisert 7. april 2011]

Walker, Clive. *Clamping Down on Terrorism in the United Kingdom*. I: Journal of International Criminal Justice 4. 2006, s. 1137-1151 [Sisert fra HeinOnline]

